

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANTONIO MANUEL
COY CASTILLO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP - (RAD. 41 2021 00066 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto del 2022 (*audio archivo 20 expediente digital Record: 15:11*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD DE ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reconocer y pagar al demandante **ANTONIO MANUEL COY CASTILLO** la mesada adicional de junio (mesada 14), a partir del año 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional causado por las mesadas adicionales de junio, a partir del año 2018, y de manera indexada a partir del primero de junio de 2018 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del mismo, conforme al IPC certificado por el DANE. Así mismo se autoriza a la UGPP a descontar los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, del retroactivo reconocido.

TERCERO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho, a la UGPP y a favor del demandante en la suma única de un millón de pesos.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas entre el primero de junio de 2009 al 31 de mayo de 2018, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SEXTO: 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 la UGPP.”

Contra lo decidido, la UGPP solicita se tenga en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia SU 555 del 2014 en la que se tiene el criterio de edad como un criterio de causación y no de mera exigibilidad como lo ha expuesto el despacho en la sentencia de primera instancia, expresando no sería procedente el reconocimiento y pago de la mesada 14 al demandante, toda vez que el mismo cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión en el año 2007, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, por ende al no haberse causado el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho acto, el demandante para poder ostentar la mesada 14 debía acreditar que ganó una mesada pensional menor a 3 salarios mínimos sin embargo la misma fue reliquidada en el año 2008, por ende quedo por encima de los 3 salarios mínimos para el año 2007, y en esa medida no procedería el reconocimiento de la mesada 14 o adicional de junio.

En cuanto a la condena en costas, solicita se revoque la misma teniendo en cuenta que por la naturaleza de la entidad es necesario aplicar lo manifestado por el Consejo de Estado en el que se indica que la condena en costas no opera de manera automática, sino que es necesario evidenciar que la parte vencida haya tenido maniobras de mala fe o temeridad dentro del trámite procesal y en este caso no ha existido tales maniobras dentro de este trámite. (Audio archivo 20, expediente digital, record: 17:04¹).

¹ Muchas gracias su señoría me permito interponer recurso de alzada separándome respetuosamente del criterio del despacho y solicitando se tenga en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia SU 555 del 2014 en la que se tiene el criterio de edad como un criterio de causación y no de mera exigibilidad como lo ha expuesto el despacho en la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta y aplicando este criterio de edad como criterio de causación en este caso no sería procedente el reconocimiento y pago de la mesada 14 al demandante, toda vez que el mismo cumplió los requisitos íntegramente para el reconocimiento de la pensión en el año 2007, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, así las cosas al no haberse causado la mesada, no haberse causado el derecho con anterioridad a la entrada de dicho acto el demandante para poder ostentar la mesada 14 debía acreditar que ganara una mesada

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 ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (páginas 4 y 5 del Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 3 y 4 ibídem, aspirando principalmente se declare causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional el 27 de junio de 1999 por cumplir los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el sindicato SINTRACREDITARIO, y por ende el derecho a recibir 14 mesadas a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, al cumplimiento de los 55 años de edad el 2 de agosto del 2009, en consecuencia se condene a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada adicional desde junio de 2009 y a futuro, debidamente indexadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** pues se accedió al reconocimiento de la mesada adicional, pero a partir de junio del 2018 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, disponiendo su pago debidamente indexado, ello tras considerar que la pensión del actor se causó desde el retiro del servicio y en esa medida no es viable aplicar el acto legislativo 01 del 2005, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad.

pensional menor a 3 salarios mínimos pero tal como se indicó en el trámite de primera instancia, al demandante se le reliquidó la pensión en el año 2008, siendo así que quedo más alta que la suma de los 3 salarios mínimos para el año 2007, por lo tanto no tendría procedencia el reconocimiento de la mesada 14, mesada adicional de junio, por lo que respetuosamente solicito al tribunal revocar la condena y el reconocimiento ordenado a la UGPP.

Ahora bien en cuanto a la condena en costas también solicitó se revoque la misma teniendo en cuenta que por la naturaleza de la entidad es necesario aplicar lo manifestado por el Consejo de Estado en el que se indica que la condena en costas no opera de manera automática, sino que es necesario evidenciar que la parte vencida haya tenido maniobras de mala fe o temeridad dentro del trámite procesal y en este caso no ha existido tales maniobras dentro de este trámite, por lo que no sería procedente tampoco la condena en costas, en ese orden de ideas solicitó al despacho conceder el recurso de apelación a fin de que el tribunal revoque todas y cada una de las condenas emitidas en contra de mi representada muchas gracias.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

En esa orientación, en primer término, debe indicarse, no es motivo de controversia, al demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional a través de la Resolución 5501 del 3 de agosto del 2007 a partir del 13 de junio del 2007 en suma de \$842.605,46 (páginas 17 a 20 Archivo 1 expediente digital), la cual posteriormente fue indexada según se indica en la Resolución 6354 del 28 de julio del 2008 estableciendo como mesada para el 13 de junio del 2007 la suma de \$1.392.244,72 y para el 2008 \$1.471.463,45 (páginas 21 a 23 ibídem).

Pues bien, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada por la apoderada de la UGPP, procede esta Sala a dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio reclamadas.

Así las cosas, como quiera que la pensión de la que goza el actor tiene asidero en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999², ha de recordarse

² **“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS.** A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se registrará de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se registrará por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244 (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107 (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158 (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562 (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315 (25/11/2020) y SL 803 Rad. 71316³ (09/03/2021) providencias que exponen el referido criterio.

Por manera que, no puede ser la fecha del cumplimiento de la edad la determinante para la causación de la pensión, téngase en cuenta conforme a lo expuesto en la jurisprudencia citada, la pensión de jubilación del promotor del litigio se causó desde el 27 de junio de 1999 fecha en la cual se retiró del servicio

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución. (...). (Negrillas fuera del texto).

³ “Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el parágrafo 1º de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.

(...)

Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el parágrafo 1º de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

de la CAJA DE CREDITO INDUSTRIAL Y MINERO (conforme se señala en la resolución del reconocimiento pensional), resultando por ende acertado inferir que el demandante tiene derecho a que le sean pagadas 14 mesadas al año, pues como ya se anotó el derecho pensional extralegal se causó en 1999, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual estableció en su art. 142 la mesada 14, beneficio que se reconoce a todo tipo de pensiones⁴, siempre que se hayan causado con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, como se dispuso en el inciso 8 del art. 1:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo [48](#) de la Constitución Política:

...

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

En cuanto a los argumentos de apelación de la UGPP relacionados con la improcedencia de la condena toda vez que la mesada pensional del demandante es superior a los 3 SMMLV, encuentra esta instancia que lo argumentado por el recurrente se sustenta en lo dispuesto en el párrafo 6º transitorio del art. 1 del acto legislativo 01 de 2005 que establece:

“Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

No obstante, en este punto ha de tenerse en cuenta que la pensión del señor ANTONIO MANUEL COY CASTILLO, como ya se dijo, se causó el 27 de junio de 1999, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993 y antes de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, esto es el 29 de julio de 2005, razón por la que se itera su derecho a las mesadas adicionales de junio “mesada catorce” no tienen por qué salir afectadas con la expedición de dicha normativa.

Al respecto el órgano de cierre de esta jurisdicción en providencia SL 5132-2020 precisó:

⁴ En sentencias SL-3689-2021; SL-2655-2021 y SL-3438-2021 se itera que: “La naturaleza de la pensión - legal o extralegal- es indiferente frente al reconocimiento de las mesadas trece y catorce, a menos que la prestación se haya causado con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005”.

“1. De la mesada catorce:

Las mesadas adicionales de diciembre y junio, fueron creadas en dos momentos distintos: la primera a través del artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 recogido en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, y la segunda -que se discute- a través del artículo 142 de la misma norma sustancial la cual prevé:

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

[...]

Como se observa, inicialmente el legislador restringió el alcance de la mesada de junio -la catorce- a quienes causaran la pensión antes del 1.º de enero de 1988, pero tal límite fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-409-1994, al considerar que esa exclusión quebrantó la prohibición suprallegal de crear situaciones discriminatorias al interior de los mismos grupos de jubilados «otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1º. de Enero de 1988». Por tanto, la mesada adicional de junio que se instituyó para beneficiar a un grupo selecto, se extendió a todos los pensionados sin excepción.

(...) el anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma suprallegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año"».

En virtud de la sentencia C-409-1994, proceden las mesadas adicionales contempladas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los pensionados con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1 de enero de 1988

«Posteriormente, y dentro de un asunto con matices similares a los acontecidos en el presente caso, donde fungió como demandada la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a quien se le reclamó el pago de la pensión restringida de jubilación, esta Sala emitió la sentencia CSJ SL1366-2020, donde se dijo lo siguiente:

"[...] 2.- De la pensión del demandante y la mesada adicional de junio

[...]

Pues bien, tal como lo advirtió el juez de segundo grado, el actor consolidó la pensión el 16 de noviembre de 1991 cuando se retiró por mutuo acuerdo, después de más de 19 años de servicios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y

no el 29 de septiembre de 2011, toda vez que en esta fecha solo se hizo exigible la prestación, pero el derecho ya se encontraba en su haber.

Así, es evidente que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio en virtud de la sentencia CC C-409-1994, en el sentido de que aun cuando su pensión se causó en noviembre de 1991, en todo caso fue cobijado por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin verse afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se consolidó antes de que esta entrara en vigor. Por tal motivo, el Tribunal no se equivocó al concluir la procedencia de la mencionada mesada adicional, tal como lo ha reiterado esta Corporación en casos de similares, entre otras, en las sentencias CSJ SL840-2019, CSJ SL1349-2019, CSJ SL2054-2019, CSJ SL3782-2019 y CSJ SL5110-2019".

Igualmente, en sentencia SL525-2022 Radicado 71186 del 16 de febrero del 2022 la misma Corporación dispuso:

“En consecuencia, se ordenará al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, competencia asumida hoy por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a actualizar el salario base para calcular la pensión convencional desde el 27 de junio de 1999 hasta el 27 de octubre de 2012, fecha en que se hizo exigible por el cumplimiento de la edad requerida, con sus consecuentes reajustes legales año a año, incluyendo las respectivas mesadas adicionales de junio y diciembre, en tanto que su causación, como ya se dijo, se dio con el tiempo de servicios y la desvinculación del trabajador por causa imputable a la empresa, lo que aconteció el 29 de junio de 1999, es decir, con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01/05, constituyendo por lo tanto un derecho adquirido, siendo la edad solo una condición para la exigibilidad del derecho pensional (...).

(...)

Dicha postura relativa a la obligación de asumir el 100% de la mesada 14, tiene sustento en la línea jurisprudencial de la Sala, siendo del caso recordar lo dicho en la sentencia CSJ SL4517-2020, en donde se resolvió asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Corte, y en la que se sostuvo:

Bajo este horizonte, resulta claro que la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en virtud de la compartibilidad pensional, de suerte que, de cara al inciso 1° del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

En punto del debate, esta Sala en la sentencia CSJ SL3834-2019, donde se debatió un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Sala, sostuvo:

[...] en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.° del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

Basta agregar que esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, entre otras, en la sentencia CSJ SL7917-2015, en los siguientes términos:

Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. Como lo dijo esta Corporación en sentencia SL17444-2014, si «como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.

Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, CSJ SL8296-2017, entre otros.

Así las cosas, como la pensión de jubilación reconocida por la demandada a Luis Enrique Niño Verbel fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el ISS reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y fue superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compartibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido.

Por lo tanto, del criterio jurisprudencial expuesto válido es concluir, los pensionados que hayan consolidado su derecho a las mesadas adicionales con anterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 2005 no pueden salir afectados por las modificaciones de la referida enmienda constitucional.

Lo que quiere decir que el actor no está cobijado por la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, relacionado en precedencia, resultando imperioso respetar ese derecho, incluso porque en el inciso 10º del Art. 48 Superior quedó claro que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos⁵.

Dilucidado lo anterior, entra la Sala a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la accionada (págs. 14 y 15, archivo 9 expediente digital)⁶,

⁵ Constitución Política de Colombia, art. 48 <Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

⁶ Por auto del 10 de junio del 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de la UGPP, (archivo 10 expediente digital).

señalándose en este punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la mesada 14 se hizo exigible en **junio del 2007** en tanto la prestación pensional se reconoció a partir del 13 de junio de ese año⁷ data en la que el actor cumplió los 55 años de edad, la cual en todo caso se causó desde el 27 de junio de 1999 data en que el accionante se desvinculó de la Caja de Crédito Agrario y tenía cumplidos los 20 años de servicio requeridos por la norma convencional; presentando reclamación solo hasta el **1° de febrero del 2021** (págs. 28 y 29 ibídem) resuelta de manera negativa el 17 de febrero de esa anualidad (páginas 30 y 31 ibídem) y acudiendo a la jurisdicción el **10 de mayo del 2021** (acta reparto archivo 3 expediente digital), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas de junio del 2007 a junio del 2017, por lo que en efecto como lo señaló el Juez de primer grado solo es a partir de la mesada de junio del 2018 que se liquidará el retroactivo pensional.

En este orden de ideas, procederá la Sala a concretar la condena impuesta por retroactivo, con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales hacen parte íntegra de ésta decisión, cuyas operaciones aritméticas arrojaron como valor de mesadas adicionales adeudadas de junio del 2018 a junio del 2022 la suma de **\$11.750.212**, precisándose éste se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.⁸

⁷ Nació el 13 de junio de 1952, cedula página 16 archivo 1 expediente digital.
⁸

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 1.392.244,72	PRESCRITAS	
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.471.463,00		
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.584.324,00		
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.616.010,00		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.667.238,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.729.426,00		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.771.624,00		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.805.994,00		
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.872.093,00		
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.998.834,00		
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.113.767,00		
01/06/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.200.220,00	1,00	\$ 2.200.220,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.270.187,00	1,00	\$ 2.270.187,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.356.454,00	1,00	\$ 2.356.454,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.394.393,00	1,00	\$ 2.394.393,0
01/01/22	30/06/22	5,62%	\$ 2.528.958,00	1,00	\$ 2.528.958,0
Total retroactivo				\$ 11.750.212,00	

En otro giro, en lo que tiene que ver con la indexación –objeto de condena -, debe la Sala recordar que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que debió reconocerse la mesada adicional y el pago de las adeudadas, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma reconocida, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 31222, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmándose su condena.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la UGPP, 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 los términos anteriores, la Sala procede a concretar el monto del retroactivo adeudado, y confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

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 el numeral **SEGUNDO** fallo de primera instancia, para concretar el valor del retroactivo adeudado por la UGPP al demandante, por las mesadas adicionales adeudadas de junio del 2018 a junio del 2022 el cual asciende a la suma de **\$11.750.212**. Retroactivo que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina y se cancelará debidamente indexado a la fecha en que se efectuó el pago, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez de primer grado, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

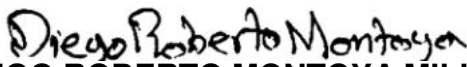
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 39 2020 00255 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA 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, remitido por correo electrónico.


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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de julio de 2022 (Exp. Digital: «01GrabaciónAudienciaArt80Cptss.mp4», 1:49:22), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que la señora MARIA DEL CARMEN SALAZAR RUIZ es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, reconocida en virtud de la condición más beneficiosa y en ese se exigieron los requisitos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por

el art. 1° del Decreto 758 del mismo año, pensión que deberá ser pagada por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar a la señora MARIA DEL CARMEN SALAZAR RUIZ, la pensión de sobrevivientes, a partir del 19 de abril de 2017, por haber prosperado parcialmente la prescripción, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por catorce (14) mesadas anuales, con los reajustes legales anuales correspondientes.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, a pagar a la demandante el retroactivo de las mesadas pensionales reconocidas desde el 19 de abril de 2017 y hasta cuando se incluya en nómina la presente prestación económica. Retroactivo que debe ser indexado a la fecha del pago efectivo; concepto que a 30 de junio de 2022 asciende: retroactivo neto: \$61.654.505, retroactivo indexado a \$67.823.489,42. Se aclara que ese retroactivo, como ya se manifestó, debe ser actualizado al momento del pago.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de compensación, PARCIALMENTE PROBADAS las de prescripción y cobro de lo no debido, ésta última únicamente en lo atinente a los intereses moratorios; y NO PROBADAS las demás.

QUINTO: AUTORIZAR Y ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que del retroactivo pensional reconocido en la presente sentencia descuente el dinero reconocido por concepto de indemnización sustitutiva que equivale a la suma de \$3.673.800, debidamente indexada.

SEXTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a que del retroactivo también descuente los aportes a salud, conforme a lo establece la norma.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Incluyéndose en la respectiva liquidación, la suma de \$2.034.705 como agencias en derecho

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Superior, por resultar adversa a COLPENSIONES».

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto a la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la negativa al reconocimiento de los intereses moratorios y la autorización otorgada a Colpensiones para descontar la suma de \$3.673.800 de manera indexada.

Respecto al primero de los reparos, indicó haber solicitado en este caso que en uso de las facultades extra y ultra petita propias del juez laboral y en principio o en aplicación del principio de favorabilidad, se reconociera una pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta que el causante también cumplía con el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, habiendo dejado causada la prestación a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con 46 años de edad al 1° abril de 1994, tenía cotizadas 838,53 semanas, de las cuales 760,82 semanas se cotizaron en los 20 años anteriores al fallecimiento, aunado a que el cumplimiento del requisito de la pensión de vejez, se daba por cumplida con la fecha de muerte, esto es, el 9 de octubre de 1997. En concordancia, con ello, que al reconocerse una pensión en virtud del régimen de transición, la aquí demandante es beneficiaria del reconocimiento y pago de los intereses que le fueron

negados. En tal sentido, solicita se modifique la ley aplicable en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y reconozca los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993; añadiendo, que la Corte ha sido pacífica en torno a la viabilidad de los intereses para el caso de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes, cuando el causante cumple con régimen de transición.

Respecto al descuento autorizado a Colpensiones para descontar de las sumas pagadas a la demandante el valor total reconocido por \$3'673.800, señaló que la demandante únicamente recibió la suma de \$1.836.902, puesto que los otros dineros fueron recibidos por sus 5 hijos, quienes son totalmente independientes al derecho que aquí se está reconociendo, por lo que su patrimonio no debe estar afectado por un derecho que en su momento recibieron sus hijos. De manera subsidiaria, solicitó en el evento en que considere que esta suma debe descontarse a la demandante, se autorice descontar sin la indexación, teniendo en cuenta que la señora María del Carmen recibió esta suma por error de la administración, porque en ese caso debió haber recibido una pensión de sobreviviente y pues no debe afectar su patrimonio por un error que recibió de la administración. Aunado a que se está viendo afectada por la figura de la prescripción, lo que hace que esa indexación se ponga a pagar a la parte menos favorecida y afectada en este proceso¹ (Récord: 1:51:58, ibidem).

¹ «Gracias su señora. Su señoría en ese sentido, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, lo cual interpongo respecto a la norma aplicable del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en cuanto a la negativa al reconocimiento de los intereses moratorios y en cuanto a la autorización otorgada a Colpensiones para desconectar la suma de 3.673.800 de manera indexada, de las sumas a pagar a la demandante de la siguiente manera: Su señoría se solicitó en este caso que en uso de las facultades extrae faltaba petita propias del juez laboral y en principio o en aplicación del principio de favorabilidad, se reconociera una pensión de sobrevivientes teniendo en cuenta que el causante aquí también cumplía con el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que revisada la historia laboral del causante y demás pruebas obrantes en el proceso. se estableció que el mismo nació el 16 de enero de 1947 y que al momento de entrar en vigencia la ley 100 contaba con 46 años de edad, tenía cotizaciones antes del 1° abril de 1994, concretamente 838,53 semanas, nunca se trasladó a otro fondo y que cumple también con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049, puesto que contaba con 760,82 semanas dentro de los 20 años anteriores al fallecimiento, teniendo en cuenta que el cumplimiento del requisito de la pensión de vejez, se daba por cumplida con la fecha de muerte, esto es, el 9 de octubre de 1997. En ese caso, al reconocerse una pensión en virtud del régimen de transición, la aquí demandante es beneficiaria del reconocimiento y pago de los intereses, en razón de esto, se solicita el Honorable Tribunal Superior, modifique la ley aplicable en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y reconozca en favor de la aquí demandante, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en la cual se establece, que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago. La Corte ha sido pacífica que estos intereses son viables y para el caso de reconocimiento de pensiones de sobrevivientes, cuando el causante cumple con régimen de transición, por lo cual pues, no está de acuerdo esta apoderada con la posición adoptada por el despacho de negar los intereses, puesto que la aquí demandante, desde el momento del fallecimiento del causante, contaba con el derecho de recibir esa pensión en aplicación del régimen de transición y son totalmente viables el reconocimiento de esos intereses en su favor, desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales.

En igual sentido, el recurso se interpone en cuanto a el descuento autorizado a Colpensiones para descontar de las sumas pagadas a la demandante el valor total reconocido por 3'673.800, eso en consideración a que la aquí demandante únicamente recibió la suma de \$1.836.902, puesto que los otros dineros fueron recibidos por sus 5 hijos, quienes son totalmente independientes y son una persona con derechos independientes de al que aquí se está reconociendo. Aquí la demandante, la señora María del Carmen Salazar Ruiz, es la única que tiene derecho en este caso, que no le ha prescrito y quien fue, la que está reclamando una pensión de sobrevivientes, por lo que su patrimonio no debe estar afectado por un derecho que en su momento recibieron sus hijos y que tienen y son pues totalmente independientes al derecho que se le está aquí reconociendo. De manera subsidiaria solicitó al honorable tribunal, que en el evento en que considere que esta suma debe descontarse a la demandante, solicitó se autorice descontar sin la indexación, teniendo en cuenta que si bien este valor, pues esa indexación, se ha estipulado para hacer una corrección de la devaluación de la moneda, lo cierto es que, la señora María del Carmen recibió esta suma por error de la administración, porque en ese caso debió haber recibido una pensión de sobreviviente y pues no debe afectar su patrimonio por un error que recibió de la administración. Anudado a ello, se está viendo afectada por la figura de la prescripción, teniendo en cuenta que únicamente se le van a reconocer aquí mesadas desde el año 2017 y pues es un dinero que la administración digamos, se ha quedado con ese dinero, teniendo en cuenta que la demandante ha tenido un derecho a una pensión desde el momento del fallecimiento de su compañero permanente, lo que hace pues, que esa indexación se ponga a pagar a la parte menos favorecida afectada en este caso. Por lo cual, pues solicitó al Honorable Tribunal tenga en cuenta el momento de revisar este recurso. En ese sentido su señoría dejó sustentado el recurso de apelación. Muchísimas gracias».

Por su parte COLPENSIONES, recurrió la decisión respecto a la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no obró de mala fe en su momento, se encontró siempre en disposición de conciliar en el presente caso y también, las decisiones que tomó en su momento, fueron siguiendo los criterios netamente legales que regulan la situación para el caso, porque a la fecha en que se presentó esta situación, la Corte Constitucional no había consolidado las reglas sobre la aplicación de la condición más beneficiosa² (récord: 1:58:49, 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 MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUIZ las pretensiones relacionadas en la demanda y subsanación a folios 1 y 2, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 6 y 7 (Exp. Digital: «02Demanda.pdf»), aspirando de manera principal se declare que el afiliado fallecido JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y por ende es beneficiaria de la prestación a partir del 09 de octubre de 1997, en consecuencia, solicita su reconocimiento junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones en donde se condenó a Colpensiones al reconocimiento pensional en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, en monto equivalente a un SMLMV, con dos mesadas adicionales y los aumentos de ley; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de abril de 2017, teniendo en cuenta que la demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional por sobrevivencia el 13 de mayo de 1998, la demanda fue radicada el 3 de agosto del 2020 y que en el interregno comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, fueron suspendidos los términos con ocasión de la pandemia del Covid-19; además, declaró parcialmente probada la excepción de compensación. Todo lo anterior tras considerar que el afiliado fallecido cumplió con las semanas requeridas

² «Muchas gracias su señoría. De manera respetuosa y dentro de la oportunidad procesal pertinente, presento recurso de apelación en contra de las costas y agencias en derecho impuestos. Lo anterior teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no obró de mala fe, porque pues obviamente en su momento, se encontraba o se encontró siempre en disposición de conciliar en el presente caso y también es pertinente mencionar, que las decisiones que tomó en su momento, pues obviamente fueron siguiendo los criterios netamente legales que regulan la situación para el caso, porque a la fecha en que se presentó esta situación, la Corte Constitucional no había consolidado las reglas sobre la aplicación del tema, de respecto de la condición más beneficiosa, que pues obviamente fue hoy debatía. En esa línea se señoría, solicito al Honorable Sala Tribunal Laboral, que revoque la condena en costas dadas en la sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto pretéritamente. Muchas gracias».

en el Acuerdo 049 de 1990 y la demandante acreditó en debida forma la calidad de beneficiaria, ordenando pagar las sumas adeudadas de manera indexada y autorizando a Colpensiones que del retroactivo pensional reconocido descuente el dinero reconocido por concepto de indemnización sustitutiva que equivale a la suma de \$3.673.800, debidamente indexada, así como los aportes a salud.

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

Así pues, inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes³, razón por la cual, en principio, la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, ocurrido el **09 de octubre de 1997** conforme se indica en el registro civil de defunción visible a folio 27, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin modificaciones, artículo 46, el cual prevé como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en el caso del afiliado que fallezca, como es el que se presenta en autos:

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*
- b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

De tal manera, en relación con el requisito de semanas de cotización, obran en autos en el archivo «05ExpedienteAdministrativoCausante.pdf», en donde constan cotizaciones realizadas por el señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE (q.e.p.d.) entre el 14 de junio de 1971 y el 30 de noviembre de 1995, por lo que en total aportó 917,14 semanas en el régimen de prima media, sin embargo se puede colegir, el afiliado fallecido no cumplió con ninguna de las dos premisas recién mencionadas, exigidas por la norma vigente al momento del óbito como quiera que para dicha calenda (fecha de la muerte 09/10/1997) no se encontraba cotizando al

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.

sistema de seguridad social en pensiones, como tampoco reúne el requisito de 26 semanas de cotización realizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento, es decir, del 09 de octubre de 1996 al 09 de octubre de 1997.

Así las cosas, la Sala procederá a estudiar el reconocimiento de la prestación pensional tal y como se solicitó expresamente por la parte actora desde la demanda y así fue estudiado en primera instancia, esto es, a la luz del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, el cual en sus artículos 6 y 25 señaló como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo y en su artículo 27, consigna como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

«1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

(...)».

En esta perspectiva, conviene memorar que constituye hoy por hoy línea jurisprudencial pacífica y uniforme de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de tal principio a casos que como en el *sub lite*, habiendo fallecido una persona en vigencia de la Ley 100 de 1993, acumula la densidad de cotizaciones al I.S.S. para los riesgos de I.V.M., suficiente para generar el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus causahabientes, bajo los mandatos de la normatividad anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Dicha posición jurisprudencial puede apreciarse en diferentes fallos de Casación Laboral como en la CSJ SL8614 de 2017, en la cual se señaló:

«Ahora bien, en lo atinente al reparo jurídico, tampoco se evidencia yerro del juez de apelaciones. Ello, por cuanto de acuerdo a la fecha en que falleció Bustamante Sarmiento, la disposición aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; no obstante, tal y como se indicó en precedencia, como el causante al momento de su muerte era cotizante inactivo y no cumplió con el requisito exigido por dicha normativa, de acuerdo con el criterio de esta Corte, procede la aplicación de la condición más beneficiosa, como excepción a la regla general, en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

Conforme lo ha señalado la Sala, cuando en el cambio normativo el legislador no haya previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, tal y como aconteció respecto de la pensión de sobrevivientes al expedirse la Ley 100 de 1993, si se cumplen las exigencias de la normativa inmediatamente anterior -Acuerdo 049 de 1990- en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una expectativa legítima.

Concretamente, sobre la condición más beneficiosa aplicada a la pensión de sobrevivientes en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, la Sala en la sentencia CSJ SL 19092, 30 abr. 2003, indicó:

(...) [I]mporta recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte en la que se apoyó el fallador de segunda instancia, fundada en lo establecido por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 --que garantiza el derecho a optar por una pensión de sobrevivientes en los términos establecidos por los reglamentos del seguro social vigentes antes de esa ley-, en los principios rectores de la seguridad social y en una aplicación sistemática de las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes consultando al respecto su espíritu, bajo los principios constitucionales de equidad y proporcionalidad, no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al instituto demandado, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El anterior criterio ha sido reiterado por esta Colegiatura a través de sentencias CSJ SL SL405-2013 CSJ SL SL6640-2015, CSJ SL6657-2015, CSJ SL8085-2015, CSJ SL 2150-2017 y SL4080-2017, entre otras.

En ese orden, en tanto que Bustamante Sarmiento tenía al 1 de abril de 1994, 1.252,14 semanas cotizadas, cumplió con las exigencias establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, y, por tanto, su beneficiaria tiene derecho a la pensión pretendida en aplicación del aludido principio constitucional, tal y como lo concluyó el juez de apelaciones».

Así las cosas, evidenciado en autos que el causante había cotizado más de 300 semanas con antelación al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues conforme a historia laboral citada («05ExpedienteAdministrativoCausante.pdf»), alcanzó un total de 917,14, semanas para esa calenda, tal circunstancia le permitirá a sus beneficiarios – la acá demandante–, de conformidad con lo establecido en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues lo cierto es que el causante, en vida, cumplió con las exigencias de dicha normativa anterior a la Ley 100 de 1993, que exigía un mínimo de 300 semanas de cotización en cualquier tiempo para adquirir la pensión de invalidez, que por remisión del artículo 25 *ibidem* es la misma densidad exigida para la pensión de sobrevivientes, en consecuencia y por ser la norma más beneficiosa, es la que corresponde aplicar en el presente caso, como así se hizo en la sentencia que se revisa en el grado de consulta en favor de Colpensiones, debiéndose confirmar.

Ahora, respecto al requisito de la calidad de compañera permanente de la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUIZ, en su momento el ISS lo tuvo que encontrar acreditada para poder otorgarle la indemnización sustitutiva a la actora, la cual se reconoció por Resolución No. 022021 del 28 de octubre de 1999 (Págs. 12 y 13 «02Demanda.pdf»), razones por cuales es clara la procedencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

Precisando en este punto, que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, el hecho de haberse reconocido e incluso pagado tal indemnización sustitutiva, para nada impide que posteriormente pueda cuestionarse judicialmente si lo procedente era esa prestación o la respectiva pensión. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la posibilidad de reclamar por ejemplo la pensión de vejez luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, Radicado No. 35896, sentencia calendada el 07 de julio de 2009⁴, y para un caso de idénticas similitudes la Máxima Corporación consideró (SL4188 del 19 de octubre del 2020):

«(...) conforme se explicó en la sentencia CSJ SL11456-2015, en un asunto de semejantes aristas procesales al presente, existiendo el deber de reconocer la pensión de sobreviviente, el carácter indemnizatorio de la prestación sustitutiva «[...] perdió toda fortaleza, de manera que para las resultas del proceso, apenas habrá de tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado».

*Tal conclusión, se refuerza si se tiene en cuenta, que según lo decantó la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL13645-2014 reiterada en la decisión CSJ SL1624-2018, **aquella es una prestación provisional que no tiene la virtualidad de evitar el disfrute de la pensión, por ser la garantía máxima de seguridad social y un beneficio irrenunciable** en los términos del artículo 48 superior.*

Así las cosas, como «[...] el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, per se, implica que no había lugar al [...] de la indemnización sustitutiva», es imprescindible el descuento de lo pagado por ese crédito, en especial, debido a que, según se indicó en la sentencia CSJ SL3504-2019, tal es la única forma de «[...] conjurar un eventual enriquecimiento sin causa de la accionante [...]». (Negrillas fuera de texto)

Entonces, habiéndose acreditado suficientemente que el I.S.S. reconoció a la beneficiaria de la prestación pensional de sobrevivientes, la acá demandante, una indemnización sustitutiva, a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa, pues dicho concepto es excluyente con el reconocimiento pensional deprecado en el fallo inicial, resulta procedente facultar a la demandada para que de las mesadas que se encuentren aquí adeudadas descuenta dichos valores razón por la cual el fallo cuestionado ha de ser prohijado en éste aspecto.

Precisando en este aparte, en sentir de la Sala, le asiste parcialmente razón a la parte actora, en tanto revisado dicho acto administrativo, la demandante no recibió la totalidad del valor correspondiente a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, sólo recibió la mitad del valor total de la indemnización más lo que correspondía a 4 de sus cinco hijos beneficiarios, por lo que, son estos valores lo que debe devolver (\$3'306.422), respecto al valor restante, Colpensiones cuenta

⁴ “La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. (...)”

con los mecanismos de cobro para obtener dicho monto y por ello debe modificarse la decisión en este punto.

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de fallecimiento del señor ASTROS MANCIPE -09 de octubre de 1997- (pág. 10 ib.), sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la encartada a página 9 del archivo «02Contestación.pdf»⁵, recordándose 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 a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 09 de octubre del 1997 fecha en que falleció el señor José Olegario Astros Mancipe, acudiendo por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 13 de mayo del 1998⁶, resuelta de manera negativa mediante Resolución No. 022021 del 28 de octubre del 1999 (págs. 13 y 14, «02demanda.pdf») y acudiendo ante la jurisdicción el 03 de agosto del 2020 («04ActaReparto.pdf»), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.⁷, por lo que entre la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la negativa del derecho pensional y la fecha de interposición de la demanda transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 03 de agosto del 2017, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo y por tanto, ha de modificarse la decisión de primer grado en este aspecto que tomó como fecha el 19 de abril de 2017, pues la suspensión de términos a que hizo referencia la a quo, en sentir de la Sala, no resulta aplicable en el caso concreto pues la demanda fue presentada con posterioridad a la suspensión de que trata el artículo 1° del Decreto 564 de 2020⁸ y el levantamiento dispuesto mediante Acuerdo PCSJA-11581 del 27 de junio de 2020⁹.

⁵ Por auto del 15 de febrero del año 2022, se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones («15AutoTienePorContestadaFijaFechaAud.pdf»).

⁶ Conforme se extrae del contenido de la Resolución No. 022021 de 1999 (pág. 12, «02Demanda.pdf»).

⁷ El auto admisorio se notificó a Colpensiones el 18 de enero de 2021 («03ConstanciaNotificacionColpensiones.pdf»).

⁸ **ARTÍCULO 1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad.** Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la **reanudación de los términos judiciales**.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

PARÁGRAFO. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.

⁹ Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales. La suspensión de términos judiciales y administrativos en todo el país se levantará a **partir del 1 de julio de 2020** de conformidad con las reglas establecidas en el presente Acuerdo.

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 para el 09 de octubre del 1997, fecha de causación de la prestación pensional, tal norma no se encontraba en el ordenamiento jurídico, confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

De otra parte, para resolver la apelación propuesta por la demandante en torno a que en uso de las facultades *extra y ultra petita* se modifique o conceda la prestación, bajo la figura de la pensión de vejez *post mortem*, dado que, el causante también cumplía con el régimen de transición y dejó causada la prestación por vejez; lo anterior, en tanto que, revisado en su integridad el expediente, estima la Sala, no fue objeto del debate probatorio dado que los hechos, pretensiones y fundamentos de derechos esgrimidos en la demanda se orientaron exclusivamente a implorar el derecho pensional bajo el principio de la condición más beneficiosa, por haber cotizado el causante más de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994, sin haberse planteado en momento alguna, la pensión de vejez *post mortem* y, por ende, la demandada no pudo ejercer sus derechos de defensa y contradicción sobre ese particular, con lo cual de haberse abordado el estudio en ese aspecto, hubiese sido sorprendida la demandada, en contravía de su prerrogativa fundamental 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 hubieran sido propuestas si así lo exige la ley, 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 y pretensiones fueron del siguiente tenor (págs. 1, 2, 6 y 7, «02Demanda.pdf»):

«PRIMERO: El señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, falleció el día 09 de octubre del 1997.

SEGUNDO: El fallecimiento del señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, fue de origen común.

TERCERO: El señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, se encontraba afiliado al sistema en el régimen de prima media con prestación definida administrada por el Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES.

CUARTO: El señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, había cotizado más de 300 semanas antes del 01 de abril de 1994.

QUINTO: El señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, y la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, convivieron en Unión Marital de Hecho desde 1977.

SEXTO: El señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, al momento de su deceso, aun convivía con la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ.

SÉPTIMO: Posterior al acaecimiento del señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, presentó en nombre propio solicitud de pensión de sobrevivientes ante el Instituto de Seguros Sociales ISS, antiguo administrador del régimen de prima media.

OCTAVO: La reclamación enunciada en el hecho anterior fue despachada de manera negativa mediante la resolución 022021 de 1999.

NOVENO: Dicha prestación fue negada bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993.

DÉCIMO: A la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, le reconocieron la calidad de beneficiaria pensional del causante mediante resolución 022021 de 1999.

DÉCIMO PRIMERO: A través de la resolución 022021 de 1999 le fue reconocida a la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes.

[...]

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que SE DECLARE que el señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, con sus cotizaciones efectuadas al régimen de prima media con prestación definida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, administrada anteriormente por el ISS hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.

SEGUNDA: Que SE DECLARE que la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el 09 de octubre de 1997, fecha de la muerte de su compañero el señor JOSE OLEGARIO ASTROS MANCIPE, con su respectiva tasa prestacional.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, SE CONDENE a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, desde el 09 de octubre de 1997, esto es desde la fecha de muerte del causante, sin perjuicio de los aumentos y nuevas mesadas legales a futuro.

CUARTA: Que como consecuencia de la primera declaración y la condena de la pretensión tercera; SE CONDENE a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al pago de las mesadas pensionales, liquidadas de la manera que contiguo se señala, así como las que se causen durante el proceso y hasta que se incluya en nómina a la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada a pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, el interés moratorio en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993, o en su defecto se condene al pago de la indexación de las mesadas pensionales.

SEXTA: Que se CONDENE a la entidad demanda a incluir en nómina de pensionados a la señora MARÍA DEL CARMEN SALAZAR RUÍZ, en un mes contado a partir de la ejecutoria de sentencia favorable a la parte demandante». (Lo subrayado es de la Sala).

De lo anterior, surge con nitidez, fue la misma demandante quien planteó el litigio pensional por sobrevivencia con base en el principio de la condición más beneficiosa, que fue en últimas a lo que condenó la juzgadora de primer grado, ninguna aspiración erigió procurando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez post mortem.

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 fundamentos fácticos 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 de la convocante del juicio en obtener por parte de la jurisdicción un pronunciamiento sobre pensión de vejez post mortem, más aún, cuando no se vislumbra que se esté vulnerando ningún derecho mínimo e irrenunciable de la demandante, pues el derecho pensional perseguido le ha sido reconocido.

Además de lo anterior, la juez a quo se encontraba vedada para pronunciarse sobre el punto, como quiera que se trató de un tema no tenido en cuenta en la fijación del litigio, sobre el cual la demandante no presentó inconformidad alguna, pues en dicha etapa procesal se estableció que el debate consistía en determinar si a la actora le asistía *«derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a partir del 9 de octubre de 1997, con ocasión del deceso del señor ASTROS MANCIPE JOSE OLEGARIO y, en consecuencia, al pago del respectivo retroactivo, en aplicación al principio de la condición más beneficiosa»* (02ActaAudienciasArt77Cptss), sin aducir al estudio de la eventual pensión que ahora reclama la recurrente por activa.

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 profile, 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**¹⁰.

¹⁰ 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

Por otra parte, debe resaltarse igualmente, aunque el *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 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

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 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 resaltarla, 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.

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 era posible para la juzgadora de primer grado, ni aun en uso de las facultadas extra petita, revisar la prestación de vejez post mortem, pues no fue objeto de debate y mucho menos, puede hacerse uso en esta instancia, pues por un lado son del resorte exclusivo de los jueces de única y primera instancia, al no estar contempladas dentro de las funciones legales de los jueces de segunda instancia, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador o afiliado y, evidentemente siempre que hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, circunstancia que no ocurren en este caso concreto¹¹.

En ese orden de ideas, como los argumentos con los que se solicitaba lo anterior, tenían como finalidad, se condenara a los intereses moratorios, sería suficiente para negarlos; empero también advertirse, su improcedencia dado que la entidad accionada negó el reconocimiento pensional en acatamiento a las disposiciones legales vigentes al momento del fallecimiento del causante, resaltándose, el reconocimiento que se realiza mediante la sentencia objeto de apelación, lo fue por vía jurisprudencial, y en esa medida, a juicio de la Sala la conducta del ISS, hoy Colpensiones, se encontró amparada en el acatamiento estricto de la ley, que aunque modulado por la jurisprudencia y con los resultados que han quedado consignado en el presente proveído, justifican su actuar en la errada negativa al reconocimiento pensional, por lo que se confirma la absolución del pago de intereses moratorios, ello en armonía con el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL388-2020, Radicación N° 73673 del 10 de febrero de 2020:

«En relación con los intereses moratorios, cabe precisar que, contrario a lo sostenido en la decisión cuestionada, éstos no son procedentes, en la medida que la negativa del reconocimiento tuvo un fundamento legal, como que no se documentaron los requisitos previstos en la ley, por no haber acreditado el causante, aportes durante el último año anterior a su fallecimiento (...) y como su reconocimiento obedeció a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de construcción eminentemente jurisprudencial, no había lugar a su imposición, como se dijo, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL4064-2019 y CSJ SL3784-2019».

Por otro lado, la Sala procede a cuantificar el valor del retroactivo desde el 03 de agosto del 2017 hasta el 31 de agosto de 2022, precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida. En este orden, efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtiene como

¹¹ Al respecto, ver entre otras muchas, la sentencia CSJ SL2808-2018, reiterada en CSJ SL3850-2020 y CSJ SL2510-2021.

valor a cancelar a la fecha de este fallo (31/08/2022) la suma de **\$60.916.738,87**, según cuadro que se anexa, de ahí que deba modificarse en este punto la sentencia.

CALCULO DEL RETROACTIVO DE MESADAS				
DESDE	HASTA	MESADAS	MESADA (smilm)	RETROACTIVO
3/08/2017	31/12/2017	5,93	\$ 737.717,00	\$ 4.377.120,87
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	31/08/2022	9,00	\$ 1.000.000,00	\$ 9.000.000,00
TOTAL RETROACTIVO DE LAS MESADAS				\$ 60.916.738,87

En lo que hace a la condena al pago de indexación del retroactivo que se genere por mesadas pensionales, 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 tanto las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, como el valor ordenado descontar por concepto de indemnización sustitutiva, se causaron unas a partir del año 2017 y 1999, las cuales no han sido pagadas y/o descontadas, 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 las ordenas impartidas por este concepto tanto a cargo de la demandada como por parte de la actora, confirmándose igualmente esta decisión.

Finalmente, esta Sala de decisión confirmará 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 actora¹², de

¹²Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

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*».

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

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la modificación del fallo en los términos anteriormente expuestos.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que la pensión de sobrevivientes debe pagarse a partir del 03 de agosto de 2017 en virtud de la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, conforme a lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el retroactivo pensional calculado desde el 03 de agosto de 2017 hasta el 31 de agosto de 2022, asciende a la suma de

“De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello”

\$60.916.738,87, precisándose que el mismo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, el cual además deberá indexarse a la fecha de pago, de conformidad con lo motivado en precedencia.

TERCERO: MODIFICAR el **ORDINAL QUINTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor a descontar del retroactivo por concepto de la indemnización sustitutiva equivale a la suma de **\$3'306.422**, debidamente indexada al momento del pago, de conformidad con lo motivado en precedencia.

CUARTO: CONFIRMAR los demás aspectos de la sentencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR RUBIANO VENEGAS, NATALIA ELVIRA RUBIANO y FERNANDO ANDRES RUBIANO VENEGAS actuando como herederos de la señora GLORIA CECILIA VENEGAS FORERO (Q.E.P.D) CONTRA JOYAS Y SERVICIOS S.A.S. (RAD. 39 2019 00604 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre 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 parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de marzo de 2022 (Exp. Digital: «01GrabaciónAudArt80Cptss.mp4», récord 02:06:55), en la que se resolvió:

«PRIMERO: ABSOLVER a JOYAS & SERVICIOS S.A.S., de todas las pretensiones incoadas por la señora MARIA DEL PILAR RUBIANO VENEGAS, NATALIA ELVIRA RUBIANO VENEGAS y FERNANDO ANDRÉS RUBIANO VENEGAS, en calidad de herederos de la señora GLORIA CECILIA VENEGAS FORERO, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se DECLARA que, entre las partes, esto es, la señora GLORIA CECILIA VENEGAS FORERO y JOYAS & SERVICIOS S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 2 de abril de 2013 hasta el 26 de junio de 2018, como se explicó en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y COMPENSACIÓN, propuestas por la demandada, conforme a lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante [...].».

Inconforme con la decisión, la demandante la apeló, señalando que de acuerdo a la legislación laboral, si bien es cierto que la parte demandada presentó denuncias de los documentos perdidos supuestamente en manos de la causante, también era cierto que antes desde 1995 la causante trabajó con la señora Jacqueline Moreno como persona natural, y luego como persona jurídica; indicando, en la contestación de la demanda, la accionada no aportó formatos de afiliación, historia laboral, ni afiliación a ARL, pensión o salud. Pues a su juicio, en la historial laboral se determina realmente la vinculación de los empleados que hace el empleador, para una mayor verificación real de los contratos, ya sea como persona natural, o como persona jurídica, dado que, la señora Jacqueline siempre estuvo vinculada como socia, primero como establecimiento de comercio y luego como sociedad S.A.S.¹ (récord 02:08:17, 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 los demandantes MARIA DEL PILAR RUBIANO VENEGAS, NATALIA ELVIRA RUBIANO y FERNANDO ANDRES RUBIANO VENEGAS en calidad de herederos de la señora GLORIA CECILIA VENEGAS FORERO (q.e.p.d.), las pretensiones relacionadas en la demanda a páginas 4 y 5 del archivo «01ExpedienteDigitalFolios1a26.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 5 y 6, aspirando se declare que entre la señora Gloria Cecilia Venegas Forero (q.e.p.d.) y JOYAS Y SERVICIOS S.A.S. existió un contrato de trabajo, desde el 1° de mayo del año 1995 al 26 de junio de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, calzado y vestido de labora, la indemnización que consagra el artículo 64 del CST, la sanción moratoria del artículo 65 ibidem, al pago de aportes seguridad en salud, pensión y riesgos laborales, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto si bien se declaró**

¹ «Gracias señora juez. Me pronuncio en pedir el recurso de apelación o reposición y en subsidio apelación, de acuerdo a la legislación laboral en el sentido de que si bien es cierto que la parte demandada presentó denuncias de los documentos perdidos supuestamente en manos de la causante, también es cierto que antes desde 1995 la causante trabajó con la señora Jacqueline Moreno como persona natural, y luego, se convirtió en persona jurídica... hechos la demandada digamos no aportó entre sus... en la contestación de la demanda, ni formatos de afiliación y si los hubiera... no presentó historia laboral ni de la ARL, ni de la... ni pensión, ni de salud. En la historial laboral se determina realmente la vinculación de los empleados en que hace el empleador, para una mayor verificación y real de los contratos, sea como persona natural, o sea como persona jurídica, pues la señora Jacqueline siempre estuvo vinculada como socia, como establecimiento de Comercio y luego como S.A.S. Es por ello, que pido que reposición y en subsidio de apelación, porque la demanda no aportó las historias laborales de Seguridad Social... legislación que está acorde a la legislación laboral colombiana. Señora Juez gracias».

la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad JOYAS Y SERVICIOS S.A.S. desde el 02 de abril de 2013 hasta el 26 de junio de 2018, la absolvió de todas las pretensiones incoadas. Lo anterior, tras considerar conforme las pruebas practicadas, el extremo temporal del contrato de trabajo entre la señora Gloria Cecilia y la empresa Joyas y Joyas, lo fue a partir del 02 de abril del 2013, tal como lo señaló la demandada y, no desde 1995 como se pregona por parte de los demandantes; precisando, no tuvo en cuenta la copia de la certificación aportada con la demanda donde se indicaba que la trabajadora laboró desde 1995, no por el hecho de que prospera la tachada de falsedad que sobre la misma recaía, sino, porque el Despacho hizo las gestiones necesarias con el fin de tramitar dicha tachada y obtener el documento original con el fin de que se estableciera efectivamente su veracidad o no, pues según los protocolos de Medicina legal, no era posible establecer si una firma era verdadera o falsa a raíz de documentos aportados en fotocopias, sin que de las demás pruebas practicadas, se acompañara el contenido de esa certificación, para poder establecer efectivamente la existencia del contrato desde el año 1995. Establecido lo anterior, encontró que conforme a las pruebas aportadas no se adeudaba nada a la parte actora, pues se demostró que le fueron pagadas los aportes a seguridad social por todo el tiempo laborado, conforme al salario mínimo probado, sin que se hubiere demostrado perjuicio alguno por el no suministro de la dotación. Respecto a la sanción moratoria, indicó no era procedente por cuanto las prestaciones sociales fueron consignadas mediante la constitución de depósito judicial acreditándose actuaciones por parte de la empleadora con el fin de pagar e informar de ello, concluyendo buena fe de la demanda; asimismo denegó la indemnización por despido, en tanto que no se probó el hecho del despido y por el contrario, se verificó que el contrato terminó por una causa legal como fue el fallecimiento de la trabajadora.

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*).

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 respecto del extremo inicial indicado en la demanda, esto es, desde el

año 1995 incluso con la representante legal de la accionada como persona natural y con ello, las consecuentes condenas que de ahí se derivarían; precisando, no se cuestionaron aspectos relativos al extremo final, el salario devengado (mínimo legal mensual vigente), el pago de aportes a seguridad social por el tiempo en que se encontró acreditada la relación laboral, el pago de prestaciones y acreencias sociales, así como el hecho de que la terminación del contrato de trabajo obedeció a la muerte de la trabajadora.

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.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre GLORIA CECILIA VENEGAS FORERO (hoy fallecida) como trabajadora y la sociedad JOYAS Y SERVICIOS S.A.S., como empleadora, existió contrato de trabajo entre el 01 de mayo de 1995 y el 26 de junio de 2018; no obstante, de ese interregno de tiempo, la parte accionada no discute la existencia del reclamado contrato a partir del 02 de abril del 2013, pues así lo admite desde la contestación de la demanda (Exp. Digital: « 02Contestacion.pdf», págs. 1 a 4) y se constata con los documentos que la acompañaron vistos de páginas 18 a 24, 29, 32 a 36 y 39 a 155 ibidem, relacionados con formulario de vinculación de empleador al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR fechado 05 de abril de 2013, formulario de vinculación de a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. con vigencia a partir del 04 de abril de 2013, comprobantes de pago de nómina a favor de la causante de los meses de enero a junio de 2018, memorando con llamado de atención de la demandada a la hoy fallecida de fecha 12 de diciembre de 2017, comunicación de la demandada a los hoy demandantes de fecha 06 de agosto de 2018, informándoles sobre la consignación de la liquidación definitiva de prestaciones sociales de su fallecida madre a órdenes de un juzgado, certificación laboral de fecha 29 de septiembre de 2018 expedida por la accionada donde se indica que la señora Venegas Forero laboró desde el 01 de enero hasta el 26 de junio de 2018 por muerte del trabajador, autorización para el pago parcial de cesantías expedida en favor de la causante el 10 de julio de 2014, acta individual de reparto del pago por consignación de prestaciones, copias de liquidación de prestaciones sociales, primas de servicios, vacaciones para los años 2013 a 2017,

planillas de autoliquidación de aportes del operador SIMPLE con los pagos efectuados por la accionada en favor de la causante desde el mes de abril de 2013 hasta junio de 2018, autorización para el pago parcial de cesantías ante la fondo de cesantías Colfondos y comprobantes de nómina de algunos meses de los años 2015 y 2018; por lo que, con toda esa documentación, incluso la parte actora, no solo se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., sino que se corrobora el referido contrato laboral al menos, en los extremos esgrimidos por la accionada y así lo concluyó la juez a quo.

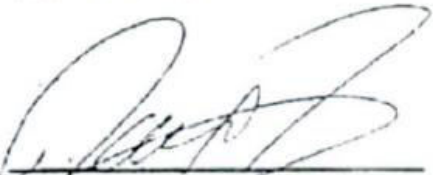
En ese orden de ideas, pasará la Sala a verificar si el extremo inicial de la relación laboral corresponde al indicado en la demanda, para lo cual, se aportó a página 10 del archivo «01ExpedienteDigitalFolios1a26.pdf» copia de una certificación laboral en los siguientes términos:

CERTIFICACION LABORAL

Por medio de la presente certifico que la señora Gloria Cecilia Venegas Forero identificada con cedula de ciudadanía No 41.747 536 de Bogota trabaja en esta empresa desde el 01 de mayo de 1995 desempeñando el cargo Administradora con un salario mensual de \$1 600 000 pesos con un contrato a término indefinido. En este lapso de tiempo se ha distinguido por ser una persona honesta y responsable de su deber.

Esta certificación se expide a solicitud del empleado el 04 de mayo 2007.

Atentamente


Jackeline Moreno
C.C. 39 786 960 de Bogota

Tal documento fue desconocido por la accionada y se propuso la respectiva tacha, la cual, no pudo tramitarse ante la imposibilidad practicar la prueba grafológica decretada, pues conformidad con el MANUAL UNIFICADO DE SERVICIOS EN DOCUMENTOLOGÍA Y GRAFOLOGÍA FORENSE, aplicado por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL era necesaria tener a disposición el original del documento (págs. 4 a 31 del archivo «27AutoNoPruebaGrafologicaOficiaNiegaPruebaSeñalaFecha.pdf»), lo cual no fue

posible en el trámite de instancia, empero, como bien lo anotó la juez a quo, con las documentales anteriormente relacionadas y que fueran aportadas por la accionada se desvirtuó y demostró que el contrato de trabajo inició en una fecha posterior, incluso, con la prueba testimonial también se corroboró tal circunstancia. Sumado a ello, debe tenerse en cuenta que la parte actora en la alzada no controvertió las consideraciones de la juez a quo para no tener en cuenta dicha certificación, por demás, única prueba aportada con la demanda para determinar el extremo inicial.

Con lo anterior, debe señalar la Sala, no se encuentra probado en el expediente el extremo inicial indicado desde la demanda, sin que con ocasión de lo expuesto en la alzada, tenga incidencia que la accionada haya aportado o no los documentos allí mencionados, esto es la historia laboral, prueba que en todo caso bien pudo arrimar al expediente la parte actora en la respectiva oportunidad probatoria, por lo que no entiende la sala y mucho menos se explica en qué sentido tal prueba daría cuenta del extremo inicial, pues en todo caso era esa parte la que le correspondía, en virtud lo señalado en el artículo 167 del CGP, demostrar la razón de su dicho.

Sumado a lo anterior, debe señalarse, la actora reclama la existencia de un contrato de trabajo imputando la condición de empleador a la sociedad acá demandada, empero resulta imposible, desde el punto de vista jurídico, que la actora hubiere prestado sus servicios para la sociedad JOYAS Y SERVICIOS S.A.S. desde el 01 de mayo de 1995, toda vez que, según el certificado de existencia y representación legal de la misma, esa sociedad nació a la vida jurídica el 17 de diciembre de 2012 (págs. 11 a 14 «*01ExpedienteDigitalFolios1a26.pdf*»), por lo que no resulta válido que se afirme que laboró para dicha sociedad en un tiempo en el que esta no existía.

Ahora bien, es menester precisar tampoco tiene vocación de prosperar lo planteado en la alzada en el sentido que la relación laboral se dio inicialmente con la representante legal de la accionada como persona natural y luego con la persona jurídica demandada, dado que, desde la presentación de la demanda se indicó la demandante laboró para la aludida sociedad, en ningún caso para quien suscribe la mencionada certificación laboral, quien si bien es cierto es la representante legal y en el interrogatorio absuelto admitió que la señora Gloria Venegas antes de la constitución de la empresa fue su asistente personal o su mano derecha en otros negocios que esta manejaba, lo cierto es que al proceso no fue convocada como demanda en calidad de persona natural, por lo que la decisión de primera instancia, se encuentra ajustada a las prescripciones legales y acorde con las pruebas

recaudadas, pues la parte actora no cumplió con su carga probatoria de demostrar que prestó sus servicios personales para la sociedad demandada como empleadora en el tiempo señalado, debiendo advertir que la representante legal de la demandada, no puede catalogarse que por dicha condición, ostente la condición de empleadora, pues se reitera, la parte demandante no la convocó al proceso para de ahí establecer responsabilidades como persona natural y mucho menos esta instancia puede atribuirles, so pena de vulneración al debido proceso y derecho de defensa de la mencionada señora, motivo más que suficiente para concluir que la sentencia de primera instancia merece ser confirmada, pues es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así las cosas, como la sociedad demandada demostró haber afiliado al sistema de seguridad social integral a su ex trabajadora, hoy fallecida, así como que, pagó las prestaciones sociales reclamadas que se derivaron de la relación laboral en los extremos demostrados, debe confirmarse la sentencia en su integridad.

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.

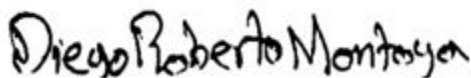
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

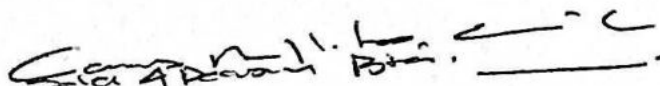
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

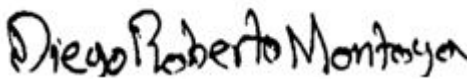
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE IVÁN PELAÉZ ÁLVAREZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 39 2019 00475 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


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:

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 UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio del 2022 (*Audio archivo 14, record 41:49*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor Jorge Iván Peláez Álvarez es beneficiario la convención colectiva de trabajo 1998 1999 suscrita entre la caja de crédito agrario industrial y minero y el sindicato SINTRACREDITARIO.

SEGUNDO: DECLARAR que Jorge Iván Peláez Álvarez es beneficiario de una pensión de jubilación convencional reconocida a la luz del parágrafo primero del acuerdo 41 de la de dicha convención a razón de 14 mesadas.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada las demás propuestas por la UGPP, así como declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a Colpensiones.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al señor Jorge Iván Peláez el retroactivo del mayor valor causado entre el 28 de marzo del 2016 y la fecha en que se realice su pago y se incluye nómina, concepto que el 30 de junio del 2022 incluye la mesada 14 corresponde a \$91.392.523 valor que deberá ser indexado hasta la fecha efectiva de pago y debiéndose también señalar que el retroactivo se deberá seguir pagando el que se cause desde el liquidador fecha de hoy hasta que se incluya en nómina.

Debo adicionar el numeral segundo en el sentido de establecer que la pensión de convencional que se reconoce o que se declara es compartida con la ya reconocida por COLPENSIONES como se dijo en las consideraciones de la demanda, esto para adicionar el numeral segundo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada UGPP a favor del demandante dentro de las cuales se incluye como agencias en derecho la suma de \$3.655.700 y se exonera al demandante de costas a favor de Colpensiones como quiera que como se explicó en la parte motiva la vinculación de COLPENSIONES obedeció de una voluntad del juzgado y no el demandante.

SEXTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el superior por resultar adversa a la UGPP.”

Contra lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria, tras considerar que no es procedente reconocer por parte de la UGPP la pensión convencional al demandante toda vez que la norma no permite efectuar reconocimientos efectivos después del 31 de julio del 2010 fecha a partir de la cual las condiciones más favorables establecidas en materia pensional estipuladas en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales perdieron vigencia, aduciendo el demandante no causó el derecho con anterioridad al 31 de julio del 2010, esto es, que pese a que el demandante cuenta con más de 20 años de servicio a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO también es cierto que al 31 de julio del 2010 no reunía el requisito de edad, es decir 55 años, el cual fue cumplido el 7 de septiembre de 2012, además indica la pensión de jubilación convencional únicamente puede ser reconocida a trabajadores de la extinta caja agraria y no a ex trabajadores.

Respecto a la mesada 14 respetuosamente solicito se sirva revocar esta condena conforme el acto legislativo 01 de 2005 y se estudie la limitación regulada en la precitada norma, toda vez que si el demandante se le reconoció la pensión ésta se

causó en vigencia del acto legislativo en mención, por tal razón no tendría derecho a percibir este la mesada 14.

Respecto a la compatibilidad declarada manifiesta no ser compatible la de vejez con la pensión de carácter convencional solicitada en el presente asunto, en la medida que las dos pensiones se atienden con recursos públicos y en segundo lugar la pensión convencional proviene del libre acuerdo de voluntades mientras que la pensión de vejez reconocida por la administradora colombiana de pensiones colpensiones aplica salvo pacto en contrario si solo se cumplen los requisitos exigidos por la ley,

Finalmente pretende se revoque la condena respecto a las costas conforme lo regula el artículo 365 y 366 del código general del proceso y el principio de buena fe de su representada en el transcurso del trámite administrativo y el proceso judicial (*Audio archivo 14, record 54:17¹*)

¹ Respetuosamente me permito de conformidad con lo regulado en el código de trabajo y la Seguridad Social interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en el presente asunto el cual usted tener en nuestra mente necesario la siguiente manera:

Esta parte procesal con el respeto a la señora juez solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida al no estar de acuerdo con la sentencia toda vez que las condenas no se ajustan a lo regulado por la norma, en razón a que la postura de la UGPP se enmarca en razones expuestas en la contestación de la demanda y argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, me permito referir de la siguiente manera:

Conforme lo regula la Constitución Política y el acto legislativo 01 del 2005 acto legislativo que entró en vigencia el 30 de julio del 2005, se ha dispuesto que no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, adicionalmente las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia esta legislativo contenidos en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados se mantendrán por el término inicialmente estipulado, en todo caso perderán vigencia el 31 de julio del 2010, al entrar en vigencia el acto legislativo 01 del 2005 se estableció una especie de régimen de transición extendido hasta el 31 de julio del 2010, con base en lo expuesto no es procedente reconocer por parte de mí representada la UGPP, la pensión convencional colectiva al demandante toda vez que la norma no permite efectuar reconocimientos efectivos después del 31 de julio del 2010 fecha a partir de la cual las condiciones más favorables establecidas en materia pensional estipuladas en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales perdieron vigencia, en ese orden de ideas no hay lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional toda vez que el demandante no causó el derecho con anterioridad al 31 de julio del 2010, esto es, que pese a que el demandante cuenta con más de 20 años de servicio a la caja de crédito agrario también es cierto que al 31 de julio del 2010 no reunía el requisito de edad, es decir 55 años, dicho requisito lo cumplido el 7 de septiembre de 2012, además como es de conocimiento la pensión de jubilación convencional únicamente puede ser reconocida a trabajadores de la extinta caja agraria y no ex trabajadores, sin embargo el demandante para la fecha en que cumplió la edad prevista en la convención ya no se encontraba vinculada a la entidad.

Respecto a la mesada 14 respetuosamente solicito al honorable tribunal se sirva revocar esta condena conforme el acto legislativo 01 de 2005 y se estudie la limitación regulada en la precitada norma, toda vez que si el demandante se le reconoció la pensión deprecada se causó en vigencia del acto legislativo en mención, por tal razón no tendría derecho a percibir este la mesada 14 y respecto a la compatibilidad declarada de atención de carácter legal que devenga el demandante no es compatible con la pensión de carácter convencional solicitada en el presente asunto en la medida que en las dos se atienden o sea las dos se atienden con recursos públicos y en segundo lugar provienen de orígenes incompatibles la pensión convencional proviene del libre acuerdo de voluntades el cual busca sustraerse del ámbito de protección del ordenamiento por ser más beneficioso mientras que la pensión de vejez reconocida por la administradora colombiana de pensiones colpensiones aplica salvo pacto en contrario si solo se cumplen los requisitos exigidos por la ley, por lo tanto solicito al Honorable Tribunal estudiar la incompatibilidad pensional declarada.

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 ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (páginas 4 y 5 Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 5 a 7 ibídem, aspirando principalmente se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención 1998-1999, la cual debe ser compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, en consecuencia se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional vitalicia, indexando el último salario devengado, se ordene pagar las mesadas pensionales (diferencias por la compartibilidad) adeudadas, junto con las mesadas adicionales, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** pues se accedió al reconocimiento de la pensión convencional, con carácter de compartida, quedando a cargo de la UGPP el mayor valor entre la reconocida y la otorgada por Colpensiones a partir del 28 de marzo del 2016 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, señalando como retroactivo adeudado la suma de \$91.392.523, ello tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación convencional, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, a partir de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (páginas 41 y 42 Archivo 1 expediente digital), se

Finalmente se estudie revocar la condena respecto a las costas frente a mi representada conforme lo regula el artículo 365 y 366 del código general del proceso y el principio de buena fe de mi representada en el transcurso del proceso administrativo, en el trámite administrativo y el proceso judicial, de conformidad con esos argumentos dejo sustentado el recurso de apelación contra la sentencia dictada en la presente diligencia muchas gracias.

encuentra acreditado que el demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 21 de febrero de 1979 y el 27 de junio de 1999, es decir, durante 20 años, 4 meses y 6 días.

Ahora, de acuerdo al texto del libelo introductor, el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 129 Archivo 1 expediente digital)², encontrándose vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva), al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T. no siendo materia de controversia la calidad de beneficiario del actor frente a la misma.

En cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo es claro en expresar que se excluye de esos beneficios al Vicepresidente, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50, suplente del revisor fiscal, delegados de la revisoría fiscal y asistente delegado grado 24; y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de SUBDIRECTOR III, grado 07 (ver pág. 41 Archivo 1 expediente digital), esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Así, con asidero en el artículo 41 de la mentada Convención Colectiva de Trabajo, aspira el demandante el reconocimiento de una pensión de jubilación, disposición que en su tenor literal preceptúa (páginas 98 y 99 Archivo 1 expediente digital):

***“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS.** A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.*

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más

² Del 17 de abril de 1998.

años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

Ahora frente al reconocimiento pensional objeto de apelación por parte de la UGPP, se tiene que mediante comunicación del 26 de junio de 1999 la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO le comunicó al accionante la terminación del contrato de trabajo “*en forma unilateral y con justa causa por supresión del cargo por usted desempeñado*” (pág. 36 Archivo 1 expediente digital). En ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al parágrafo 1º del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 21 de febrero de 1979 al 27 de junio de 1999), que corresponden a **20 años, 4 meses y 6 días** (pág. 41 ibídem) y el retiro del servicio, circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala, dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al presente, como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244 (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107 (14/02/2018),

SL 526 Rad. 63158 (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562 (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315³ (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316 (09/03//2021) providencias que exponen el referido criterio.

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1999 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor JORGE IVAN PELAEZ ALVAREZ en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2005.

En esos términos ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, *verbi gratia*, en sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo

³ “1) Alcance del artículo 41 de la convención colectiva 1998-1999

(...)

Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa transcrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre.

En esas condiciones, el citado precedente concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.

(...)

2) El Acto Legislativo 01 de 2005 no afecta los derechos adquiridos antes de su expedición

Dado que el derecho pensional reclamado quedó causado o adquirido con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro que esta reforma no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho.

En efecto, si bien el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud de aquella modificación superior perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza, tal hecho no compromete el derecho pensional; se reitera que este se adquirió desde 1999 y solo quedó pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute.

Así, como el Tribunal consideró que el requisito de edad debía cumplirse según las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005, entendió que era un presupuesto para su estructuración y no de mera exigibilidad, o lo que es igual, no advirtió que el derecho ya se había adquirido. Surge así su yerro y por tanto se casará el fallo impugnado.”

abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁴.

⁴ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos,…”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-555 de 2014, en la que, entre otros temas, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época (...)*”.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un

actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“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 los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo párrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (Pág. 30 Archivo 1 expediente digital), el accionante cumplió la edad de 55 años el **7 de septiembre de 2012** (nació en 1957), por lo que, sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite a la Convención, en cuyo parágrafo 3 del artículo 41, se establece:

“La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo: *Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

Segundo Factor: *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (págs. 41 y 42 ibíd.), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

<i>Sueldo básico</i>	<i>\$626.815</i>

<i>Prima de antigüedad</i>	\$200.581
<i>TOTAL FACTOR FIJO</i>	<u>\$827.396</u>
<i>SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES</i>	
<i>Salario en especie</i>	\$0.
<i>Auxilio de transporte</i>	\$0
<i>Incentivo de Localización</i>	\$0
<i>Gastos de representación</i>	\$0
<i>Prima Jun/1998</i>	\$17.295
<i>Prima Dic/1998</i>	\$1.383.534
<i>Prima Jun/1999</i>	\$1.220.410
<i>Prima Escolar/1999</i>	\$410.564
<i>Prima Vacaciones</i>	\$882.555
<i>Horas Extras</i>	\$0
<i>Dominicales o feriados</i>	\$0
<i>Viáticos</i>	\$0
<i>Sobrerremuneración</i>	\$0
<i>FACTOR FIJO VARIABLE</i>	\$3.914.358
<i>Promedio factor variable</i>	<u>\$326.196,5</u>
<i>TOTAL, FACTOR FIJO + VARIABLE</i>	<u>\$1.153.592,5</u>

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2012 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470 y 31222⁵, valor al cual se le aplica el porcentaje del 75% establecido en la convención colectiva así:

⁵ “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

VH	IPC Final dic-11	IPC Inicial dic-98	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada
\$1.153.592,5	109,16	52,18	\$2.413.303	75%	\$1.809.977,34

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor levemente superior al determinado como primera mesada pensional por la juez *a quo* (\$1.809.974), se confirmará la cuantía establecida en primera instancia, como quiera el proceso está siendo estudiado en consulta a favor de la entidad demandada.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1999 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores y se desvinculó del servicio) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -7 de septiembre del 2012- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que no se modifica en este aspecto la sentencia del *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compartibilidad de dicha pensión con la reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, precisándose al apelante en manera alguna se dispuso la compatibilidad entre estas dos pensiones, sino que se declaró que tenían el carácter de **COMPARTIDAS**.

En ese sentido, como en este caso se encuentra acreditado que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 184911 del 17 de julio del 2013, reconoció al demandante una pensión de vejez, a partir del 7 de septiembre del 2012, en cuantía inicial de \$1.108.977, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, (págs. 56 a 61 Archivo 1 expediente digital), se procederá a establecer el valor de la diferencia que correrá por cuenta de la demandada.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (pág. 168 Archivo 1 expediente digital)⁶, debe señalarse en éste punto, está llamada a

⁶ Por auto del 8 de julio del 2020 se tuvo por contestada la demanda (pág. 175 Archivo 1 expediente digital).

prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 7 de septiembre del 2012 data en la que el actor cumplió los 55 años de edad; presentando reclamación el **28 de marzo del 2019** (págs. 20 a 27 Archivo 1 expediente digital) y acudiendo a la jurisdicción el 18 de julio del 2019 (pág. 132 ibídem), evidenciándose, transcurrió el término trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 7 de septiembre del 2012 y el 27 de marzo del 2016, por lo que se confirma la decisión de la *a quo* de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

En este orden de ideas, procede la Sala a **verificar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales al actor, el cual se liquida con la mesada obtenida en primera instancia (\$1.809.974) del **28 de marzo del 2016 al 30 de junio del 2022 (data de liquidación de primera instancia) actualizado al 30 de septiembre del 2022**, obteniendo como suma adeudada **\$93.738.566**⁷, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

Tabla Liquidación	
Subtotal retroactivo 28-03-2016 a 30-06-2022	\$ 74.061.717
Subtotal retroactivo 01-07-2022 a 30-09-2022	\$ 3.075.227
Retroactivo mesada 14	\$ 16.601.622
Total	\$ 93.738.566

Debe precisarse el retroactivo debido hasta el 30 de junio del 2022 corresponde a **\$90.663.339** (\$74.061.717 diferencias de mesadas ordinarias + \$16.601.622 mesada 14 a cargo de la UGPP), por ende, al ser un valor menor al liquidado en primera instancia -\$91.392.523- se modificará la condena en virtud de la Consulta que se surte en favor de la UGPP.

7

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional y Mesada 14								
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada UGPP	Mesada Colpensiones	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal	Mesada 14 a cargo UGPP
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.809.974,00	\$ 1.108.977,00	\$ 700.997,00	PRESCRITO		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.854.137,00	\$ 1.136.036,04	\$ 718.100,96			
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.890.107,00	\$ 1.158.075,14	\$ 732.031,86			
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.959.285,00	\$ 1.200.460,69	\$ 758.824,31			
28/03/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.091.929,00	\$ 1.281.731,88	\$ 810.197,12	10,10	\$ 8.182.991	\$ 2.091.929
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.212.215,00	\$ 1.355.431,46	\$ 856.783,54	13,00	\$ 11.138.186	\$ 2.212.215
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.302.695,00	\$ 1.410.868,61	\$ 891.826,39	13,00	\$ 11.593.743	\$ 2.302.695
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.375.921,00	\$ 1.455.734,23	\$ 920.186,77	13,00	\$ 11.962.428	\$ 2.375.921
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.466.206,00	\$ 1.511.052,13	\$ 955.153,87	13,00	\$ 12.417.000	\$ 2.466.206
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.505.912,00	\$ 1.535.380,07	\$ 970.531,93	13,00	\$ 12.616.915	\$ 2.505.912
01/01/22	30/06/22	5,62%	\$ 2.646.744,00	\$ 1.621.668,43	\$ 1.025.076	6,00	\$ 6.150.453	\$ 2.646.744
				Subtotal retroactivo 28-03-2016 a 30-06-2022			\$ 74.061.717	\$ 16.601.622
01/07/22	30/09/22	5,62%	\$ 2.646.744,00	\$ 1.621.668,43	\$ 1.025.076	3,00	\$ 3.075.226,7	
				Total retroactivo 28-03-2016 a 30-06-2022			\$ 90.663.339	

Por otro lado, en lo que hace a la condena al pago de indexación, debe advertirse la misma resultara 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 diferencias de mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 28 de marzo del 2016, 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.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la UGPP, 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 totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor⁸, de conformidad con lo establecido en el artículo 40

⁸Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el valor del retroactivo adeudado, adicionándola en el punto anteriormente mencionado y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como retroactivo adeudado al actor con **14 mesadas** al año, del **28 de marzo del 2016 al 30 de junio del 2022** en suma, de **\$90.663.339** el cual actualizado al 30 de septiembre del 2022 asciende a \$93.738.566, mismo que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina y se cancelará debidamente indexado a la fecha en que se efectué el pago, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

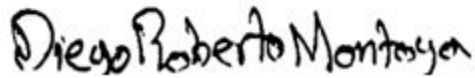
SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la UGPP a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante,

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez de primer grado, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

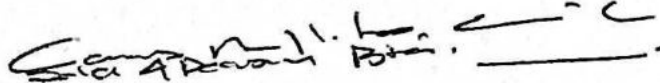
"De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AMPARO VILLAMIL
MENDIETA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 36 2019 00938 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 propuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de julio del 2022 (Exp. Digital: «01. Audiencia 05.08.2022 - 2019-00938.mp4», récord 10:33), en la que se resolvió:

«PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora AMPARO VILLAMIL MENDIETA la suma de \$29'885.315,04 por concepto de intereses moratorios, por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, causadas desde el 1° de agosto del 2018 al 30 de noviembre del 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la encartada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$500.000, a título de agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia a favor de COLPENSIONES, tal como lo dispone el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social».

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que existen excepciones por las cuales no eran procedentes los intereses moratorios; porque no se ha causado mora o retardo en

el pago de la pensión de vejez reconocida, si se tiene en cuenta que a favor de la demandante se expidió la Resolución SUB 222057 del 21 de octubre del año 2020, como consecuencia del nuevo estudio de reconocimiento de la prestación, de acuerdo a la solicitud que elevó la demandante el 1° de octubre del año 2020. Precizando, la demandante con la reclamación administrativa y al momento de presentar la demanda, no cumplía con los requisitos para tener el derecho pensional, pues la historia laboral del 28 de agosto de 2020, no acreditaba de manera conjunta el requisito de las semanas de cotización, ya sea aplicando la figura de la acumulación de tiempos de servicios privados y públicos, o conforme a la Ley 797 2003, para obtener el derecho pensional.

Agregó, que Colpensiones luego de superar una serie de trámites internos administrativos ajenos a su voluntad, como lo relativo al traslado del régimen pensional, de RAIS al Régimen de Prima Media desde el 7 de junio del año 2007, la devolución de aportes a cotización que tenía la demandante en el fondo privado; las inconsistencias reflejadas en la historia laboral sobre los períodos 2002-2007, teniendo en cuenta que por virtud de sentencia judicial del Consejo de Estado del 15 de febrero de 2007, se ordenó al Ministerio de Agricultura a pagar a favor de la demandante los aportes a pensión, siendo necesario dentro del proceso administrativo consultar los aplicativos y verificar inconsistencias para lograr contabilizar las semanas y cargarlas en el respectivo reporte histórico de la demandante.

Por lo tanto, estima, tales circunstancias impedían que la administradora resolviera de manera positiva el derecho reclamado. En esa medida, solicitó se de aplicación a las sentencias SL1026 de 2022 y SL5383 del 2021, según las cuales se admiten ciertas situaciones excepcionales en las que se debe exonerar a los fondos de pensiones a pagar intereses moratorios. Concluyendo así, que en el caso de marras se encuentra una justificación, respaldo normativo en el sentido de que la demandante no era beneficiaria de un status pensional.

De otro lado, sostuvo, debía tenerse en cuenta que la pensión reconocida a la demandante, se realizó de manera indexada, por lo tanto, existía incompatibilidad con los intereses moratorios otorgados. Señalando así, que la indexación como un mecanismo para garantizar la actualización de los salarios base de liquidación y de la primera mesada pensional que le fue reconocida a la aquí demandante, por lo

tanto, pues, incurriría en esta condena a un doble pago. De esta manera, solicitó revocar la condena impuesta, incluida la condena en costas¹ (récord: 11:23, 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 las pretensiones elevadas en el escrito de subsanación de la demanda («01. DEMANDA, ANEXOS Y ACTA DE REPARTO 2019-00938.pdf», páginas 7 y 8), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las (páginas 1 a 7 ibidem), dirigidas principalmente a que Colpensiones cargue y ajuste su historia laboral; al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional desde el 30 de junio de 2018, junto con los intereses moratorios y las costas procesales. Posteriormente, en la

¹ «Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir, para que sea la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, quien revoque en su totalidad, pues la sentencia impuesta a mi representada en lo que refiere a los intereses moratorios, y pues por estar en desacuerdo respecto de las consideraciones del Despacho, pues para llegar a ello. Solicitó entonces al Tribunal Superior de Bogotá tener en consideración que existen las excepciones por las cuales pues no era procedente condenar a pensiones a los intereses moratorios del artículo 141 con pues con base en lo estipulado en esa normatividad se tiene que, dentro del presente proceso, pues no se incurrió en ningún momento en mora en el pago de las mesadas pensionales como lo argumenta la parte demandante. Primero porque pues no se ha causado mora o retardo en el pago de la pensión de vejez reconocida, si se tiene en cuenta que a favor de la demandante se expidió la Resolución SUB 222057 del 21 de octubre del año 2020, acto administrativo notificado en debida de manera, consecuente del nuevo estudio de reconocimiento de la prestación, de acuerdo a la solicitud que elevó la demandante el 1° de octubre del año 2020, que para, pues la data contaba con 59 años de edad. Acreditó un total de 1308 semanas, cuyo status pensional adquirido el 29 de junio del año 2018 y fue efectiva a partir de corte de nómina, 1° de agosto de 2018. Reconociendo con este acto administrativo las mesadas pensionales y retroactivo debidamente indexado, de \$97.810.420.

Las pretensiones carecen de soporte jurídico y fáctico, pues la demandante con la reclamación administrativa y al momento de presentar la demanda, no cumplía con la carga probatoria de demostrar los requisitos para tener el derecho pensional, pues la historia laboral del 28 de agosto de 2020, no acreditaba de manera conjunta el requisito de las semanas de cotización, ya sea aplicando la figura de la acumulación de tiempos de servicios privados y públicos no cotizado al ISS con régimen de transición, o conforme a la Ley 797 2003, para obtener el derecho pensional.

Mi representada luego de superar una serie de trámites internos administrativos ajenos a su voluntad y, lo que conllevaba el hecho de que con ocasión del traslado del régimen pensional, de RAIS al Régimen de Prima Media de pensiones, desde el 7 de junio del año 2007 y la correspondiente devolución de aportes a cotización que tenía la demandante en ese fondo privado, PORVENIR, pues eran, existían inconsistencias que se reflejaban en la historia laboral, sobre los períodos 2002-2007, teniendo en cuenta que por virtud de sentencia judicial del Consejo de Estado del 15 de febrero de 2007, pues se ordenó al Ministerio de Agricultura a pagar a favor de la demandante los aportes a pensión que fueron dejados de revisar al Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, sobre los períodos especificados y que pues fue necesario dentro del proceso administrativo consultar los aplicativos y verificar inconsistencias y lograr contabilizar las semanas que eran necesarias para incluirlas y cargarlas en el respectivo reporte histórico de la demandante.

Por lo tanto, pues esta situación impedía que la administradora resolviera de manera positiva el derecho reclamado y, que pues fue superado al expedir posteriormente en el año 2020 la Resolución SUB 2002257 del 21 de octubre del año 2020. Por lo tanto le solicito al Honorable Tribunal tener en cuenta pues, estás en situaciones fácticas que se ven reflejadas y se encuentran probadas en el respectivo expediente administrativo de la demandante; y por lo tanto, pues solicito se de aplicación a la sentencia SL1026 de 2022, y que pues ha sido también ratificada en otras sentencias, como la SL5383 del 2021, en el cual pues, la Corte Suprema de Justicia ha dicho, o se ha referido a ciertas situaciones excepcionales en los cuales, pues, debe exonerarse a los fondos de pensiones a pagar intereses moratorios. Deviene entonces, pues, encuentra en una justificación, encuentra respaldo normativo en el sentido de que la demandante pues no era beneficiaria de un status pensional.

De igual manera debe tenerse en cuenta honorable tribunal que la pensión reconocida a la demandante, se realizó de manera indexada, conforme el artículo 14 de la ley 100 del 93, por lo tanto, pues existe un carácter incompatible entre los intereses moratorios que hoy, pues, fueron condenados y, en contra de mi representada. Debe tenerse en cuenta también, que la Corte Constitucional ha entendido la indemnización como un mecanismo para garantizar la actualización de los salarios base de liquidación y de la primera mesada pensional que le fue reconocida a la aquí demandante, por lo tanto, pues, incurriría en esta condena a un doble pago. De esta manera, pues, solicito también tener en cuenta el Tribunal la sentencia T-188 de 2013, SU-1024 de 2004, SU-065 de 2018 y SL4754 de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera su señoría, pues, solicito de manera respetuosa revocar la condena impuesta a mi representada y, de igual manera, pues, la condena en costas. Muchas gracias».

audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, se desistió de la pretensión principal del reconocimiento pensional, subsistiendo la pretensión dirigida a obtener los intereses moratorios². **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios por el retardo en el pago de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de agosto 2018 y el 30 de noviembre 2020. Lo anterior tras estimar, que en el presente caso la conducta de la entidad de Seguridad Social no se ajusta a ninguna de las situaciones excepcionales precisadas por la jurisprudencia, por ende no existía justificación para relevar a Colpensiones del reconocimiento de los intereses moratorios, en la medida en que vencido el término establecido en el artículo noveno de la ley 797 del 2003, esto es, cuatro meses, la entidad no resolvió la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, sin reconocerlo en el momento en que accedió a la misma, pese a que la demandante reunía los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez.

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

Pues bien, lo primero que debe advertirse es que no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionada que ostenta la actora, por cuanto la misma se encuentra acreditada con la copia de la Resolución SUB 222057 del 21 de octubre de 2020 («02. Acto administrativo SUB 222057 DE 21102020.pdf»), en la que se constata, la enjuiciada reconoció la pensión de vejez a favor de la promotora del juicio a partir de 01 de agosto de 2018, a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$3.656.145.

Establecido lo anterior, y conforme los motivos de la alzada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad accionada, es menester precisar en relación con la procedencia del reconocimiento de los intereses moratorios, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó

² Audiencia celebrada el 28 de julio de 2022, récord: 11:58.

en precedencia, la norma que rige la pensión reconocida a la parte demandante es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «(...) *el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones* (...)»³.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios⁴ de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante⁵, criterio reiterado recientemente por la Alta Corporación en sentencia SL3130-2020⁶, en la que precisó:

«(...)

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

Así las cosas, verificadas las actuaciones desplegadas para conceder la prestación por parte de COLPENSIONES, se tiene que en el caso de marras no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada

³ Sentencia SL1681 de 2020.

⁴ CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.

⁵ Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁶ En la cual, además, hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

desde el 3 de julio de 2018, pues como se vio, para ese momento la demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, habiéndose incluso reportado la novedad de retiro a pensión, sin que las actuaciones administrativas internas, la interposición de recursos o cualquier otra verificación que deba hacer la administradora en torno al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, los deba padecer el afiliado, más aún, cuando del expediente administrativo se evidencia que por lo menos en los años 2013 a 2017 existen solicitudes de corrección de la historia laboral (archivos: «GAF-FCH-F1-2013_7261800-20140607145600.pdf», «GAF-FCH-F1-2015_2322987-20150313130333.pdf» «2013_7261800.pdf», «2015_372077_CM025.pdf», «2015_2322987_CM045.pdf», «GAF-FCH-F1-2017_9236380-20170901042713.pdf»), de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional inicial fue el 03 de julio de 2018 («GRP-FSP-AF-2018_7686412-20180704024711.pdf»), se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, vencería el 03 de noviembre de 2018, habiéndose producido el reconocimiento pensional hasta el 21 de octubre de 2020, con fecha de disfrute 01 de agosto de 2018, de ahí que, los citados intereses sobre el retroactivo adeudado se causan a partir del 04 de noviembre de 2018, así lo concluyó la a quo, hasta la fecha en que se realice el pago sobre las mesadas retroactivas que se adeudan. Advirtiéndose en este punto, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se modificará el ordinal primero de la sentencia bajo ese entendido.

Ahora bien, respecto argumento relacionado con que el pago de los intereses moratorios resultan incompatibles con la indexación, es de precisarle a la recurrente, que revisado el acto administrativo que reconoció la prestación, no se ordenó pagar de forma indexada el retroactivo, ello bajo el criterio reiterado y actualmente pacífico por parte de la Jurisprudencia Laboral, esto es, que ante el envilecimiento del valor

representativo de la moneda por el transcurso del tiempo, se hace necesario aplicar la actualización monetaria a fin de traer a valor actual la suma adeudada. Con lo cual, no puede confundirse la indexación de las mesadas adeudadas, con la actualización del ingreso base de liquidación para establecer el monto de la pensión, tal cual se asentó en sentencia CSJ SL5045-2018, donde recordó, que *«existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»;* que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente» (Al respecto puede consultarse además la sentencia CSJ SL5429-2019). Por lo tanto, no resulta de recibo lo expuesto por la recurrente en tal sentido.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones⁷, se tiene que el derecho pensional se reconoció mediante resolución SUB 222057 de 21 de octubre de 2020 (*«02. Acto administrativo SUB 222057 DE 21102020»*), en el transcurso del presente proceso, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2019 (pág. 124, *«01. DEMANDA, ANEXOS Y ACTA DE REPARTO 2019-00938.pdf»*), de tal modo que, evidentemente no transcurrió el termino trienal legalmente establecido para la operancia de la prescripción (Arts. 448 del CST y 151 del CPTSS).

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 la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁷ Desde la contestación de la demandada (Pág. 21, *«02. Contestación Colpensiones.pdf»*), la cual fue admitida por el Juzgado, mediante auto de 14 de octubre de 2021 (*«2019-00938 Auto inadmite contestación.pdf»*).

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: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que al demandante sobre las mesadas pensionales causadas entre el 01 de agosto de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2020, se le pagarán intereses moratorios a partir del 04 de noviembre de 2018, hasta el momento que se produzca el pago y se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectuó el pago, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÉDGAR MAURICIO GALVIS VELÁSQUEZ CONTRA BETA GROUP SERVICES S.A.S. (RAD. 36 2018 00016 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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

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 pasiva, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre del 2021 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:07:58 Archivo 9 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor EDGAR MAURICIO GALVIS VELÁSQUEZ y BETA GROUP SERVICE S.A.S., entre el 01 de agosto y el 19 de septiembre del 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a BETA GROUP SERVICE S.A.S., a pagar en favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- Por cesantías: \$544.444.
- Por intereses a las cesantías: \$ 8.893.
- Por prima de servicios: \$544.444.
- Por compensación en dinero de vacaciones: \$272.222.

(sic) **CONDENA** en costas serán a cargo de la demandada, liquídense como agencias en derecho la suma de \$300.000 como se dijo.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación señalando que entre las partes lo que existió fue una relación de prestación de servicios, considerando la autonomía en el presente contrato está acreditada dado el carácter tan especializado y excepcional en la capacidad intelectual y técnica del demandante, señalando la enjuiciada no es Ingeniera agrícola, ni productor para saber cómo se tenía que aumentar la productividad en el cultivo de mora.

Expresa si bien es cierto el contrato se debía ejecutar en el departamento de Risaralda y se asignó dicha región, el actor fue quien libremente escogió la ciudad de Pereira para su domicilio, a pesar de que los campesinos beneficiarios del programa se encontraban ubicados en fincas a 3 horas o más de la ciudad, refiriendo que incluso, durante el mes en que actor tuvo a cargo el proyecto de incremento productividad decidió ejecutar las laborales desde su casa en Bucaramanga.

Indica si bien es cierto la demandada entregó el computador, no se trataba de un secretario, sino de un profesional, con maestría, con estudios altamente calificados en donde la capacidad técnica no se resume en si le entregó el computador, sino en la autonomía de crear metodología para poder realizar su labor, precisando conforme a los hechos de la demanda, testimonios y documentos EDGAR MAURICIO era el encargado de realizar el plan de acción y la metodología para el proyecto, sin que esto signifique que se estén dando directrices o demás, pues el demandante transmitía toda la documentación y la misma se entregaba al Ministerio, el cual por demás rechazó todo el trabajo.

Aduce, que tan autónomo era el actor que podía disponer de su tiempo como quisiera, no existía jornada laboral, no existía horario, ni control de horas trabajadas, si es cierto que existía una comunicación sobre que estaba haciendo, cuando iba a ir a las fincas y demás, pero era el demandante quien asignaba libremente su tiempo para agendar citas con los campesinos, era él la persona que disponía como manejar autónomamente su tiempo.

BETA GROUP no contrató, ni tenía en su planta personal ni un profesional con un perfil similar o igual al que tiene el demandante o con funciones similares, reiterando que el simple hecho de solicitar informes y fotos sobre las actividades del contratista no constituye por sí misma la subordinación, y en cuanto al tema

de descargos señala que en toda actividad es imperativo garantizar el debido proceso así se llame contrato de prestación de servicios lo cual en efecto se realizó sin que signifique que se está ante un contrato laboral, dado que en cualquier actuación administrativa sea particular o no, se está en la obligación de garantizar ese debido proceso.

En cuanto al tema de reconocimiento de viáticos y seguridad social, se realizó el análisis económico frente a cuánto dinero va recibir una persona a final de mes y debido a los estudios del demandante se estaba exigiendo unos honorarios superiores a \$4.000.000 por lo que, al descontar temas de seguridad social, no iba a aceptar realizar dicha labor especializada, por eso BETAGROUP accede al pago de los mismos, porque en su sentir termina siendo un juego de análisis económico.

Finalmente, en conclusión, refiere, no hay modo, no hay cantidad de tiempo, adicionalmente era un trabajo especializado y excepcional, era un trabajo que era temporal y no era un trabajo permanente, iterando el hecho de exigir y de otorgar elementos para que pudiera ejecutar sus funciones no significa que se genere un tema de relaciones laborales toda vez que al ser tan especializado y excepcional, la autonomía provenía de generar la metodología del plan de acción, y el hecho de solicitar los informes, y las fotos y cómo debía venir el formato del trabajo, no significa que exista una subordinación. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:09:12 Archivo 9 expediente digital)*.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante EDGAR MAURICIO GALVIS VELÁSQUEZ, las pretensiones visibles en el escrito de subsanación de la demanda (páginas 104 y 105 Archivo 1 expediente digital), las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de páginas 98 a 104 (*Ibídem*), encaminadas a que se declare la existencia de un contrato realidad a término fijo por la duración del proyecto adjudicado el cual terminó sin justa causa, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima, vacaciones, dominicales,

festivos, salarios dejados de percibir de agosto a diciembre, sanción de un día de salario por cada día de mora, perjuicios morales y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo pero a término indefinido del 1° de agosto al 19 de septiembre del 2017, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y compensación en dinero de las vacaciones, tras considerar que probada la prestación personal del servicio en aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T existía contrato de trabajo, dado que la accionada no logró derruir dicha presunción al no acreditar la ausencia de subordinación para con el demandante, absolvió del pago de salarios adeudados pues dada la duración del contrato no se causaron acreditándose por la demandada el pago de los días trabajados, frente a los dominicales y festivos señaló no haberse probado el trabajo en tales días, en relación con la indemnización por despido, adujo que se acreditó la justa causa invocada por la accionada para el despido y frente a la sanción moratoria estimó acreditada la buena fe de la pasiva dado el corto tiempo de duración del contrato, las razones que dieron lugar a la culminación del mismo, y el cumplimiento parcial por parte del empleador de las obligaciones propias del contrato de trabajo como el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social, viáticos y la garantía del debido proceso.

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

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, 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 una vinculación bajo el esquema de un contrato de prestación de servicios, 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 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701¹.

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor del extremo demandado por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda, por lo que el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio de las probanzas recopiladas en autos en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Bajo las premisas anteriores, del acervo probatorio se destacan los siguientes documentos:

- Certificaciones de diferentes asociaciones de “Moreros” donde se señalan las actividades realizadas por el accionante (*páginas 13 a 17, 77 a 80 Archivo 1 expediente digital*).
- Anexo técnico del contrato 309 de 2017 celebrado entre Beta Group Services S.A.S. y el Ministerio de Comercio (*páginas 300 a 309 Archivo 1 expediente digital*).
- Contrato de prestación de servicios celebrado por las partes (*páginas 31 a 34 Archivo 1 expediente digital*).

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

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

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la parte demandada² quien indicó conocer al demandante dado que la empresa ganó una licitación y por ende realizó la contratación de un personal experto en la temática que debía desarrollar el proyecto, esto es, de consultoría, precisando el accionante debía crear la metodología en el departamento de Risaralda en punto al cultivo de mora y su producción. Señaló que la señora MONICA CAICEDO fue la supervisora de dicho contrato quien vivía en Cali mientras que el actor pernotaba en Bucaramanga o Pereira, indicó que no existía un control de horario, el demandante podía escoger su lugar de trabajo siendo autónomo para ello, pues debía cumplir con lo dispuesto en el anexo técnico del contrato con el Ministerio de Comercio en donde se señalaban las fechas de entrega, reiterando la señora Mónica Caicedo solo ejercía las funciones de supervisión. Adujo que el contrato se terminó por cuanto existieron maltratos a la supervisora y el trabajo realizado por el accionante fue devuelto por el Ministerio de Comercio.

De igual forma, se recibieron los testimonios de JAVIER MEJIA NIETO³, JOSÉ ROBERTO GARCÍA⁴, MARIA DOLLY BETANCOURT VÁSQUEZ⁵ y MONICA ESPERANZA CAICEDO⁶.

El primero, adujo haber pertenecido al equipo del proyecto del Ministerio de Comercio el cual estaba destinado a elevar la productividad del cultivo de mora en un 8% proyecto donde también se encontraba el actor, precisando se conocieron en la ciudad de Pereira y realizaron en equipo todo el tema del programa de consultoría que conllevaba dicho proyecto, señaló para el desarrollo del mismo debían realizar informes y diagnósticos de los productores de mora todo ello con trabajo de campo, es decir, debían hacer visitas a los campesinos y productores en sus fincas, comentó que los horarios de las visitas y recorridos por las fincas eran establecidos por los presidentes de las asociaciones de mora, aduciendo expresamente tanto el demandante con el –testigo- eran quienes determinaban y decidían en que momento hacían la visita de campo. Señalo igualmente que la señora Mónica Caicedo supervisada las funciones por ellos realizada solicitando informes y entregas a su juicio en tiempos muy cortos,

² Audiencia del 9 de octubre del 2019, récord 4:38.

³ Audiencia de 9 de octubre del 2019 record: 34:20

⁴ Audiencia de 9 de octubre del 2019 record: 1:14:36

⁵ Audiencia de 9 de octubre del 2019 record: 2:03:21

⁶ Audiencia 7 de diciembre del 2021 record: 7:58

finalmente manifestó que la metodología del proyecto fue diseñada por el grupo de consultores y enviada a la demandada.

El señor José Roberto García -socio técnico de la demandada- adujo que la empresa obtuvo la licitación de un proyecto para incrementar la producción agrícola y en virtud de ese contrato la firma tuvo que realizar la búsqueda de personal idóneo para ello, razón por la cual realizó la contratación de un equipo de consultoría y asesoría en aras de que éste hiciera el acompañamiento con los productores campesinos todo ello en pro del incremento de la producción del cultivo de mora en un 8%, adujo que dentro de ese equipo se encontraba el demandante encargado de cumplir todas las funciones descritas en el anexo técnico, donde se encontraba el registro de los campesinos, la línea base del trabajo de campo, igualmente debía realizar la metodología para aplicar al sector de la mora, precisó que los 3 consultores que se encontraban a cargo de la región de Risaralda con el cultivo de mora se repartían las tareas, los cultivos, los municipios y las actividades a realizar, sin que en ello interviniera la demandada.

Fue enfático en señalar que tanto el demandante como los demás consultores manejaban su tiempo y su cronograma, tan es así que el demandante dispuso quedarse en Pereira y los otros miembros del equipo trasladarse a los municipios de los cultivos, pues el accionante les indicó que podía realizar su función desde Pereira y controlar todo desde allí, por ende, no había un horario establecido, asegurando la función del accionante era cumplir con los objetivos del proyecto.

Señaló que el Ministerio de Comercio solicitó que el proyecto debía tener un líder o coordinador por ello los consultores debían entregar informes a Mónica Caicedo, quien recolectaba la información y la entregaba al Ministerio de Comercio, por ende, era quien estaba pendiente de la ejecución del contrato, lo que implicaba que efectuara llamadas a los consultores para que allegaran los compromisos.

La testigo Betancourt Vásquez Presidente de la sociedad demandada manifestó que la empresa suscribió contrato con EDGAR GALVIS experto en consultoría con el fin de ejecutar un contrato con el Ministerio de Comercio cuyo objetivo era incrementar la productividad en el sector agrícola, manifestó que dado su cargo no le constaba las funciones por este desarrollabas sin embargo comentó que el contrato terminó por los maltratos a la supervisora del proyecto, por la violación a

las políticas de viáticos y por la baja productividad en su función, pues la metodología que desarrolló no fue idónea.

Finalmente, Mónica Esperanza Caicedo, quien fue la supervisora del contrato con el Ministerio de Comercio indicó que el demandante hacía parte del equipo del proyecto y era el encargado de diseñar el plan de acción para el incremento de productividad, precisando era autónomo para crear la metodología del trabajo, indico que como supervisora dio las directrices del trabajo y la metodología a desarrollar, para los informes, planes de mejora y la toma de fotos en la zona de campo todo ello conforme lo solicitaba el Ministerio de Comercio, no había trabajo en una oficina sino trabajo de campo y se debía dejar evidencia ante el Ministerio de la labor que se hacía en las fincas, comentó igualmente el señor Galvis Velásquez no tenía horario, no pedía permisos, manejaba su propio tiempo, advirtiendo la deponente debía cumplir con los objetivos del proyecto más no con un horario de trabajo, señalando que no había ninguna consecuencia si el actor decidía no visitar las fincas.

De esta manera y previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar, las manifestaciones de los testigos gozan de plena credibilidad para la Sala dado que los deponentes en sus versiones fueron espontáneos y coincidentes entre sí, sin que se advirtiera el ánimo de favorecer a las partes, explicando de manera clara cómo en la realidad se llevaban a cabo las funciones del señor EDGAR MAURICIO GALVIS VELASQUEZ como CONSULTOR.

En este orden de ideas, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, valoradas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio de esta providencia, no hay duda de una prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de BETA GROUP SERVICE S.A.S. realizando la labor de CONSULTOR para el contrato estatal No. 309 de 2017 celebrado entre la enjuiciada y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (página 207 Archivo 1 expediente digital)

Sin embargo, pese a ello, encuentra esta Corporación que la demandada contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado SI logró desvanecer la

presunción que cobijaba al actor, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que para dicha sociedad desarrolló, pues los elementos individuales aportados, concretamente la prueba testimonial resulta consistente para determinar que el demandante fue quien se encargó de desarrollar y presentar la metodología para el aumento de la productividad en un mínimo del 8% en los cultivos de mora del sector de Risaralda, sin recibir ningún tipo de ordenes por parte de BETA GROUP, circunstancias que fueron expuestas por los deponentes en sus declaraciones, pues de sus afirmaciones se desprende que el actor de forma libre y autónoma manejaba su tiempo y la forma en que iba a desarrollar las obligaciones pactadas en su contrato de prestación de servicios, razón por la cual no se evidenció la mediación de subordinación en tal labor, conclusión que se arriba, en atención a la autonomía del demandante para desarrollar sus funciones como Consultor ya que era el a través de sus conocimientos especiales quien creaba los planes y metodologías para llevar a cabo lo escrito en la “*Descripción Técnica de la consultoría y del equipo de trabajo*” del Contrato 309 de 2017, además conforme se vio tenía la discrecionalidad de decidir a cuales productores visitaba luego de presentada la programación por parte de los mismos, por lo que es claro que podía desarrollar otra actividad en favor de terceros cuando no asistía al trabajo de campo, sin existir consecuencias para la empresa por su inasistencia en tanto lo que se requería era que cumpliera con lo señalado en el Anexo Técnico del contrato 309 de 2017, donde se establecían las fases y los entregables del tal proyecto, sin que el hecho de que el accionante por haber recibido un PC y unas botas para desarrollar el contrato estatal implique el encubrimiento de un ilegal fraude para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.

Nótese que la función del accionante como CONSULTOR para el desarrollo específico del contrato estatal el cual como ya se dijo radicaba en la implementación de metodologías de mejora de productividad en un 8% en los cultivos de mora, genera *per se* una independencia técnica máxime cuando éste contaba con una libre disposición de su tiempo de trabajo, era quien organizaba los días de visita a los cultivadores y la forma de ese plan de trabajo para desarrollar la metodología del contrato que obtuvo la enjuiciada con el Ministerio de Industria y Comercio.

Al respecto, de la misma prueba testimonial, se puede colegir, que dicha prestación de servicio no se dio en los términos señalados por el actor en su demanda, esto es bajo la continua dependencia y subordinación, pues de las manifestaciones de las declarantes, se evidencian claramente, en la ejecución de la labor por parte del actor, elementos ajenos a los propios de una relación laboral, (tales como ausencia de horario de trabajo, ausencia de exclusividad y de ordenes o directrices), por ejemplo no se puede acreditar el cumplimiento de horario, pues se tiene que conforme el dicho de los testigos, el demandante coordinaba el día y hora en la que haría las visitas de campo.

En ese contexto en el plenario está plenamente acreditado que el contrato de prestación de servicios celebrado por las partes se caracterizó por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante.

Advirtiéndose, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral *“no se desconoce en modo alguno que en este tipo de contratación civil o independiente no están prohibidas la fijación de horarios, solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121); actividad que se ha considerado como de coordinación.”* -SL 3345 del 2021.-

Por ende, la supervisión realizada por la señora MONICA CAICEDO a la actividad desarrollada por el accionante en su calidad de Consultor, no puede entenderse como un elemento o indicio de la subordinación propia del contrato de trabajo, pues las instrucciones, la supervisión o control se impartieron por cuanto la demandada debía velar porque el proyecto se realizara de manera impecable y sin ningún margen de error, basándose en las exigencias dadas por el Ministerio de Comercio, pues se trataba de un proyecto para incrementar producciones en el sector agrícola , y en esa medida debía ser rigurosa en cuanto a la calidad del mismo, sin que se pueda apreciar que era la demandada quien le asignaba al promotor de la litis los cultivadores, le limitaba el territorio o región a visitar y le impartía instrucciones o directrices de cómo desarrollar su labor como consultor.

Dado lo anterior, lo que esta Sala de decisión evidencia es que la relación existente entre el demandante y la accionada, no era propia de un vínculo subordinante pues se itera el actor no estaba sujeto a las órdenes impartidas por la accionada, además es claro que no recibía un sueldo sino el pago de nos honorarios previamente establecidos.

En este orden de ideas, como ya se anunció es claro que la sociedad accionada logró desvirtuar el elemento de subordinación requerido para que se configure un verdadero contrato de trabajo, desvaneciendo la presunción que cobijaba al actor, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutó la actividad. Así, se establece que la función de CONSULTOR no era realizada por el accionante bajo las órdenes de BETA GROUP respecto del modo o forma de hacer su función, esto es, ninguna injerencia tuvo la demandada respecto de cómo debía llevar a cabo la metodología para el incremento de la producción en los cultivos de mora, en tanto dichos conocimientos son propios de la experticia del demandante.

En la misma dirección, tampoco se advierte subordinación a causa del computador que le fue entregado pues la demandada debía velar porque el proyecto se llevara a cabo en su totalidad y se cumpliera con las fases de entrega establecidas por el Ministerio de Comercio.

En cuanto a los denominados “*Descargos*” se tiene que si bien la enjuiciada sostuvo dos reuniones con el actor para manifestar diversas problemáticas que evidenciaron, las mismas no pueden catalogarse como una facultad disciplinaria sino más bien se trató de una labor de coordinación técnica a la que se ciñe un contrato de naturaleza civil, máxime cuando no se ejerció un poder disciplinario ni la imposición de sanciones.

Razones por las cuales, se itera, la presunción que cobijaba al demandante (artículo 24 del C.S.T) se desvaneció, y contrario a ello, quedó demostrado que la labor por este desempeñada fue ejecutada bajo plena autonomía.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

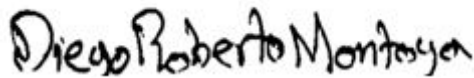
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

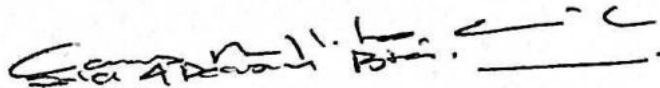
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **EDGAR MAURICIO GALVIS VELASQUEZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

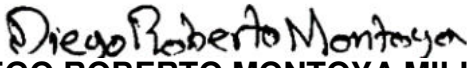
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORIS SOFIA RAMÍREZ CABRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y como vinculada ECOPETROL (RAD. 34 2019 00195 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO 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, remitido por correo electrónico.


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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el

Juez 41¹ Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de junio del 2022 (Audiencia virtual, archivo 46 expediente digital record: 37:51), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por DORIS SOFÍA RAMÍREZ CABRERA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCION S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PROTECCIONS.A., y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

SEXTO: ABSOLVER a la demandada ECOPETROL S.A., de las pretensiones elevadas en la demanda.

SEPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

OCTAVO: 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 la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES la apeló, manifestando que un trabajador en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional contemplado en la Ley 100 de 1993 puede optar por el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad de conformidad con las normas vigentes para el efecto y de acuerdo con sus condiciones laborales familiares y económicas, estableciendo la posibilidad de trasladarse entre regímenes pensionales una vez cada 5 años contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional, lo anterior de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 la cual a su vez fue modificada por el artículo segundo de la ley 797 del año 2003.

¹ Mediante auto del 6 de mayo del 2021 Avoco el conocimiento del proceso ordinario de la referencia, el cual fue remitido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá en virtud del Acuerdo CSJBTA20-109 del 31 de diciembre del 2020. (Archivo 32 expediente digital).

Expresa que Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, es decir, no existe injerencia alguna por su parte para que la demandante tomará la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de modo que no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte del fondo privado al momento del traslado pues para el año 1996 la demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, luego entonces es un tercero de buena fe por cuanto no les imputable la decisión que haya tomado la demandante en dicho año para trasladarse de régimen pensional.

Aduce que han sido 26 años en los cuales Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante, ni ha cobrado gastos de administración, situación que claramente va en detrimento patrimonial de la administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso que la demandante regrese a Colpensiones, pues la razón principal por la cual la señora Doris Sofía Ramírez Cabrera desea retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones se basa única y exclusivamente por la diferencia de la mesada pensional que podría obtener en su actual fondo de pensiones protección, razón por la cual sostiene nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, solicitando la revocatoria del fallo. *(Audiencia virtual, archivo 46 expediente digital record: 39:36)*².

² Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia anteriormente emitida por parte de este despacho para que el mismo sea conocido por el honorable Tribunal de Bogotá sala laboral con el fin de que en sede de instancia se revoque la decisión adoptada en la cual en la presente audiencia por las razones que pasaré a exponer:

Señores magistrados lo primero que debe indicarse es que un trabajador en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional contemplado en la ley 100 de 1993 puede optar por el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad de conformidad con las normas vigentes para el efecto y de acuerdo con sus condiciones laborales familiares y económicas, sin embargo si el afiliado encuentra que en el régimen en el que se encuentra afiliado no es el que le conviene la misma normativa estableció la posibilidad de trasladarse entre regímenes pensionales una vez cada 5 años contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le faltaren 10 años para adquirir su derecho pensional, lo anterior de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 la cual a su vez fue modificada por el artículo segundo de la ley 797 del año 2003.

De igual manera señores magistrados debe tenerse en cuenta que Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP mencionada es decir que no existe injerencia alguna por parte de mi representada para que la demandante tomará la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, así las cosas señores magistrados no es Colpensiones quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte del fondo privado al momento del traslado pues es pertinente mencionarle a la honorable sala que para el año 96 la demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen

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 1 y 2, archivo 5 Expediente Digitalizado*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 3 ibídem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación suscrita con Protección, en consecuencia se ordene a dicha AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, igualmente que Colpensiones acepte el traslado, costas procesales y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. En subsidio en caso de no prosperar la nulidad se condene a Protección S.A. a pagar una mesada pensional de vejez, igual o equivalente a la que hubiese recibido en

más si se tiene en cuenta que era su derecho la escogencia del régimen pensional de acuerdo a la ley 100 de 1993, situación que Colpensiones reconoció pero acepto el traslado por estarlo permitido luego entonces colpensiones es un tercero de buena fe por cuanto no les imputable la decisión que haya tomado la demandante en dicho año para trasladarse de régimen pensional, siguiendo ese mismo orden de ideas señores magistrados debe tenerse en cuenta que el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida tienen diferente forma de distribución del aporte en tanto que han sido 26 años en los cuales Colpensiones no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante, ni ha cobrado gastos de administración, situación que claramente va en detrimento patrimonial de esta administradora y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional en caso que la demandante regrese a Colpensiones toda vez que como lo manifesté al momento de presentar mis alegatos la razón principal por la cual la señora Doris Sofía Ramírez Cabrera desea retornar del al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones se basa única y exclusivamente por la diferencia de la mesada pensional que podría obtener en su actual fondo de pensiones protección eso es lo que podría obtener en Colpensiones encontrar seguridad en esta última administradora.

Conforme con lo anterior señores magistrados se hace necesario traer a colación el tema concerniente a la descapitalización del sistema pensional contenido en la sentencia C 1024 del 2004, sentencia SU 062 del 2010 y 132 del 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslados, en donde se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, lo anterior en concordancia con la sentencia T 489 del año 2010 en cuyo contenido se extrae y se manifiesta que no se puede permitir la descapitalización del fondo y las personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema.

En conclusión y si bien es cierto señores magistrados la decisión adoptada por el despacho no impone una condena directa contra Colpensiones sino que le impone una obligación de hacer al ordenarle activar la afiliación de la demandante y consecuentemente recibir las cotizaciones rendimientos y demás saldos consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora, lo cierto es que tal decisión a futuro con llevaría implícito el reconocimiento de la prestación por parte de mi representado a favor del accionante situación que claramente si perjudica a los intereses de esta administradora, es por las anteriores razones señores magistrados que ruego la honorable sala laboral se revoque el fallo en su integridad el cual le ordena Colpensiones a recibir nuevamente a la señora Doris Sofía Ramírez Cabrera en el régimen de prima media con prestación definida y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante En este sentido dejó sustentado mi recurso muchísimas gracias señor juez.

Colpensiones. **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 PROTECCION 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 2002³.

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la actora el 15 de diciembre de 1965 (*Conforme se registra en la copia de su cedula de ciudadanía Página 1, Archivo 3 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de febrero del 2017 (*páginas 16 y 17 Archivo 3 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, contaba apenas con 188.14 semanas cotizadas al sistema que

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

equivalen a 3 años, 7 meses y 27 días (*Historia Laboral válida para bono pensional, Archivo 27 expediente digital página 69*), 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 **9 de septiembre de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1996** (*Páginas 32 y 34, archivo 27 expediente digital*) por afiliación que hiciera a la entonces AFP 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 tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó

un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

En lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (*Página 32 Archivo 27 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 PROTECCIÓN antes COLMENA 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 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 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCION estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de septiembre de 1996, efectivo el 1 de noviembre 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.

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

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 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.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente 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 sobrevivencia⁶, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima

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

debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷, 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.

Por otro lado, 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (Páginas 9 y 10, archivo 18 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado.

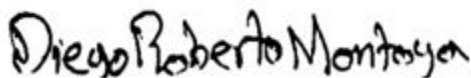
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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.

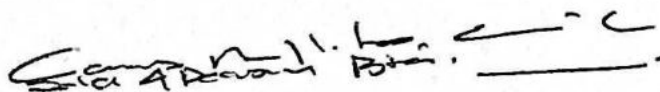
⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 19 de junio del 2019, archivo 23 expediente digital.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ORFA NELLY BEDOYA ALZATE CONTRA SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. – SURA (RAD. 32 2021 00028 01).

Bogotá D.C. Treinta (30) de septiembre 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2022 (Exp. Digital: «20AudienciaJuzgamiento11Agosto2022.pdf», récord 1:25:56), en la que se resolvió:

«PRIMERO. DECLARAR PROBADA la excepción de existencia de una calificación de origen común del evento donde perdió la vida el señor William Isaza Quiceno (Q.E.P.D.), conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO. CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de cien mil pesos m/cte (\$100.000.00).

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a los demandantes, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta».

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando no estar de acuerdo pues no se tuvo en cuenta que la empresa CONVIAL posteriormente, cuando falleció el causante dejó de laborar dentro del círculo de la ciudad de Nariño. De este modo, consideró haber sido una circunstancia para tener en cuenta que las amenazas o provenían directamente contra la empresa, o que provenían contra el trabajador en sí, porque el trabajador simplemente lo llamaron por el nombre y apellido, junto con otro trabajador y, posteriormente los asesinan. Precizando, la empresa no prestó ninguna seguridad al trabajador durante su transporte, como alguna vigilancia, con el fin de que durante el transcurso de su traslado, del sitio de trabajo a su residencia, no fuera objeto de alguna incidencia como la ocurrida al señor Isaza Quiceno.

Añadió, que la Fiscalía de Nariño, determinó no había ningunos autores respecto a los hechos en los cuales falleció el causante, lo cual significaba que, por el simple informe presentada por la empresa o la ARL, se pudiese determinar que fueran personas al margen de la ley; insistiendo que la empresa posteriormente abandonó el sitio de trabajo, siendo una empresa que tenía un contrato de un arreglo de una vía, lo cual no iba a abandonar un contrato de trabajo, que a su juicio se preveía que era importante, *sobre todo una carretera nacional que tiene que ver con INVÍAS*. De este modo, reiteró no estar de acuerdo con el fallo, pues no se le dio absolutamente ninguna seguridad al trabajador¹ (récord 1:26:48).

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

¹ «Gracias su señoría. Sí para interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Despacho de para que la honorable Sala Laboral del Tribunal de su Superior de Bogotá la revoque íntegramente. Momentáneamente aduzco para sustentar este recurso su señoría, de que, pues dentro de las mismas consideraciones realizadas por el despacho claramente escuché que la empresa CONVIAL posteriormente a cuando fue dado fallecido del señor Isaza Quiceno, pues dejó de laborar pues, dentro del círculo pues, de la ciudad de Nariño. Considero señor juez, que pues esta fue una circunstancia por la cual, pues no se tuvo verdaderamente en cuenta, para determinar de qué pues, las amenazas o provenían directamente contra la empresa, o provenían pues, contra el trabajador en sí, porque el trabajador simplemente lo llamaron por el nombre y apellido, junto con otro trabajador y, pues, posteriormente pues, es que los asesinan. La empresa no prestó absolutamente ninguna seguridad al trabajador durante su transporte, porque pues, pues decir, debió existir alguna vigilancia. que realmente pues, determinará de qué pues el trabajador, durante el transcurso, pues de su traslado, del sitio de trabajo a su residencia, pues no fuera objeto pues, de alguna incidencia como la ocurrida al señor Isaza Quiceno.

Igualmente la Fiscalía pues de Nariño, pues determinó de que, pues no había ningunos autores respecto pues, a los hechos en los cuales falleció el señor Isaza Quiceno, ¿pues que significa con lo anterior su señoría? que pues no puede pues, digamos así el despacho, por el simple informe que presentó la empresa, o la ARL, empezó la empresa CONVIAL (sic) a la ARL SURA determinar de que fueran personas al margen de la ley, porque pues si realmente dentro de los archivos pues del proceso que se sigue, que se vio en este momento, y se falla, se determina de que, pues la empresa posteriormente abandonó pues el sitio de trabajo, siendo una empresa pues de que tenía un contrato de un arreglo de una vía, entre la ciudad de Nariño y la ciudad a otra ciudad pues que está cercana a ese municipio, pues no va a abandonar un contrato de trabajo, pues se prevé que es importante, sobre todo una carretera nacional que tiene que ver pues con INVÍAS.

Consideró su señoría pues, que las circunstancias pues, realmente no estoy de acuerdo como el despacho pues la señala, que por lo tanto, pues no se le dio absolutamente ninguna seguridad al trabajador. Él tenía que entregar la herramienta tal como se la daban pues diariamente y pues llegó la herramienta, pero el trabajador no su señoría. En consecuencia, muy respetuosamente solicito se conceda el recurso pues presentado. Muchas gracias».

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas a páginas 2 y 3 del archivo «01Demanda2021028Oridnario.pdf», las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 4, ibidem, en las cuales pretende principalmente se declare que en calidad de Compañera Permanente del señor William Isaza Quiceno y en representación de sus menores hijos William Stiven, Edison Alexander y Estefanía Isaza Bedoya, hijos del causante William Isaza Quiceno, quien falleció el 27 de mayo 2014, en el Municipio de Nariño (Antioquia), está legitimada para gozar en un 50% para ella y 50% sus hijos de la pensión de sobreviviente, juntos con los intereses moratorios, lo *ultra y extra petita* y las costas del proceso, incluyendo agencias en derecho; **obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que el fallecimiento del señor William Isaza se dio por circunstancias ajenas al empleador, ajenas inclusive al transporte en el que se movilizaba y fruto del actuar de terceros al margen de la ley, en esa medida, compartiendo la conclusión a la que llegó la demandada SURA al momento de atender la reclamación sobre el informe de accidente de trabajo y donde determinó que se trataba de una circunstancia de origen común, de tal modo, que al tratarse de un fallecimiento por una situación de origen común, quien eventualmente debe responder por las prestaciones económicas a que haya lugar es la AFP a la cual estaba afiliado el causante y no la ARL demandada.

Establecido lo anterior 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*).

Así las cosas, constituyen hechos no discutidos al interior del plenario que el señor WILLIAM ISAZA QUICENO falleció el 27 de mayo de 2014, según da cuenta el registro civil de defunción visible a página 11 ibidem, como tampoco que para ese momento, éste se encontraba vinculado laboralmente a la empresa CONVIAS y afiliado la ARL SURA.

De modo que el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer de conformidad con la normatividad aplicable al caso si el insuceso sufrido por el señor ISAZA QUICENO (q.e.p.d.), fue o no un accidente de trabajo y en consecuencia verificar la procedencia de la pensión de sobrevivientes.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la muerte del afiliado acaeció el 27 de mayo del 2014, en lo atinente a la norma aplicable para la definición del accidente de trabajo se debe acudir a la norma vigente de esa época, que no es otra que la Ley 1562 de 2012, disposición que en su artículo 3º establece la definición de accidente de trabajo, así:

*«ARTÍCULO 3o. ACCIDENTE DE TRABAJO. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga **por causa o con ocasión del trabajo**, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.*

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión».

Así mismo es importante precisar lo que se ha de entender con la expresión «*por causa o con ocasión del trabajo*» para con ello proceder analizar las circunstancias que rodearon la muerte del afiliado , advirtiéndose la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia «*ha entendido que las expresiones con ocasión o por causa del trabajo denotan que un accidente de orden laboral puede tener su causa directa o inmediatamente en el oficio desempeñado o en forma indirecta o mediata con el mismo*» (Rad. 21629 del 29 octubre del 2003). De suerte que, existiendo tal vínculo causal y en tratándose de un suceso repentino que ocasione un daño en la salud del trabajador, se estará en presencia de los supuestos de hecho exigidos para que se configure el accidente de trabajo.

Mediante sentencia CJS SL2582-2019 la Sala de Casación Laboral, expuso:

*«De entrada advierte la Sala que tal razonamiento no es errado. De hecho, la Corte ha elaborado una profusa línea jurisprudencial (CSJ SL 17429, 19 feb. 2002, CSJ SL 21629, 29 oct. 2003, CSJ SL 23202, 29 ag. 2005, 25986, 4 abr. 2006, CSJ SL 24924, 12 sep. 2006, CSJ SL 28841, 5 jun. 2007, CSJ SL 29156, 4 jul. 2007, CSJ SL 36922, 16 mar. 2010, CSJ SL351-2013 y CSJ SL417-2018), según la cual, la responsabilidad que se establece al empleador frente a los infortunios que ocurren en su esfera, o la administradora de riesgos laborales que asume ese mismo riesgo, es objetiva; que **la causalidad que debe haber entre el siniestro y la actividad laboral contratada, puede ser directa (con causa del trabajo) o indirecta (con ocasión del trabajo), y que no se rompe por un hecho del trabajador, de un tercero o por fuerza mayor o caso fortuito.***

*Es que, precisamente, se considera que existe responsabilidad objetiva porque **el siniestro laboral se presenta bajo la subordinación del empleador, bien sea en el sitio de trabajo o por fuera de este, sin que sea necesario comprobar la culpa de aquel en tal hecho.***

[...]

Adviértase, además, que el accidente que ocurre con causa del trabajo, se refiere a una relación directa derivada del desarrollo de la labor para la cual se contrató al trabajador y las actividades relacionadas con la misma; mientras que con ocasión del trabajo, plantea una causalidad indirecta, es decir, un vínculo de oportunidad o de circunstancias, entre el hecho y las funciones que desempeña el empleado.

*Ahora, la Corte no desconoce que **existen casos en los que se dan circunstancias externas que pueden romper el nexo de causalidad que debe establecerse entre el siniestro y el ámbito laboral, pero estas deben ser acreditadas en el proceso.***

[...]

*En un caso similar, la Corporación reiteró que: (i) para que se presente un accidente laboral, debe existir un nexo causal entre el hecho dañoso y la prestación del servicio, ya sea de manera directa o indirecta; (ii) que si la administradora de riesgos laborales pretende liberarse de su responsabilidad, debe derruir tal conexidad, y (iii) **no todo hecho que ocurra en el entorno laboral, resulta dable calificarlo siempre como accidente de trabajo, por cuanto pueden existir circunstancias que permitan desligarlo de la prestación de un servicio subordinado (CSJ SL11970-2017)».***

Igualmente, mediante sentencia CSJ SL417-2018, la Máxima Corporación indicó:

«Por consiguiente, un infortunio tiene el carácter de profesional cuando deriva, ya sea inmediata o mediatamente del trabajo o es resultado del cumplimiento de las funciones propias del cargo, o del desarrollo de actividades que, si bien no implican estricto cumplimiento de aquellas, guardan estrecha relación con el servicio para el cual fue contratado, a tal punto que son inherentes y conexas a las labores designadas, de modo que si el trabajador sufre un accidente ejecutándolas, debe considerarse que este es de orden profesional. Así lo adocrinó la Sala en la sentencia CSJ SL 36922, 16 mar. 2010 que reitera la SL 7633, 18 sep. 1995, en la que se dijo:

Acerca del alcance que deba darse dentro de la definición al término ‘trabajo’, es claro que no sólo (sic) se refiere a la actitud misma de realizar la labor prometida, sino a todos los comportamientos inherentes al cumplimiento de la obligación laboral por parte del operario sin los cuales ésta (sic) no podría llevarse a cabo como la locomoción de un sitio a otro dentro del establecimiento, o también a actividades de capacitación o de otra índole impuestas en ejercicio de la potestad subordinante. Y en este orden de ideas tampoco ha de perderse de

*vista que el vínculo contractual laboral lo deben ejecutar las partes de buena fe y por ende no obliga sólo (sic) a lo que en el acuerdo formal se expresa, sino también, en lo que hace al trabajador, **a todas las cosas que emanan precisamente de la prestación de los servicios, verbigracia el desarrollo de actividades extraordinarias exigibles en circunstancias excepcionales; las cuales, si bien no hacen parte usual del trabajo comprometido, si están ligadas con éste (sic), de modo que son generadoras de riesgos profesionales.***

[...]

En tal sentido, la diferencia entre ambos vocablos radica en que uno denota que la causalidad es directa, mientras en el otro la causalidad es mediata o indirecta. Así se adoctrinó en aquel entonces:

*Ya lo ha dicho la Corte, (...) que se trata de dos nociones que operan en forma disyuntiva. De tal manera que el hecho puede tener una relación de causalidad con el trabajo o, en otro sentido, puede tenerla de ocasionalidad. La relación de causalidad implica el fenómeno de la generación en la actividad específica laboral misma. Es entonces una relación de generación directa inmediata. **La de ocasionalidad no conlleva la generación del siniestro en la actividad laboral específica que realiza el trabajador, sino una relación de oportunidad o de circunstancias o eventos que suponen un vínculo indirecto, mediato entre el hecho y la labor que el trabajador cumple y que es específica dentro de su compromiso laboral.***

*Así pues, para dilucidar el origen del accidente, se deben evaluar las circunstancias que objetivamente lo causaron, de esta manera, hablamos que el accidente ocurre a causa del trabajo si el riesgo se concreta en desarrollo de las funciones propias del cargo, **pero acontece con ocasión al trabajo, si se estructura mientras se ejecutan actividades que si bien guardan relación estrecha con la labor encomendada, no son de su esencia**».*

Respecto al accidente que ocurre en el traslado de un trabajador desde su sitio de residencia hasta el lugar de trabajo o viceversa, denominado accidente de trabajo *in itinere*, ha señalado de vieja data la Jurisprudencia laboral, es menester que el transporte sea suministrado por el empleador (ver entre otras muchas, la CSJ SL409-2019 y CSJ SL5078-2021).

En el presente asunto, atendiendo la jurisprudencia citada y en aras de resolver si el deceso del señor William Isaza Quiceno se puede catalogar como un accidente de trabajo, la Sala procede analizar en conjunto las pruebas vertidas al interior del presente litigio, así: tanto del interrogatorio de parte rendido por la demandante, como del testimonio surtido por el señor Edgar Mauricio Velandia Cárdenas, se extrae que el de cujus, fue asesinado por un grupo armado ilegal cuando se el empleador lo transportaba de su sitio de trabajo hacia su residencia, cuando ya había finalizado la jornada laboral, sin embargo, ni la señora demandante, ni el testigo conocen las circunstancias en que ocurrieron los hechos que desencadenaron en el fatal suceso. De igual modo, ante el interrogante de si sabían de amenazas tanto al fallecido como a la empresa empleador, dijeron no

saber, como tampoco que tuvieran conocimiento de la muerte de otros trabajadores de esa empresa (CONVIAL).

Ahora bien, como prueba documental relevante se adosó el informe de accidente de trabajo por parte de la ARL SURA y formato de asistencia a un presunto accidente de trabajo («06ContestaciónDemanda», págs. 32 a 37), donde se extraen las siguientes piezas:

Descripción del accidente EL EMPLEADO SE ENCONTRABA EN COMPAÑIA DE LA CUADRILLA VIAJANDO HACIA EL CAMPAMENTO , EN EL TRAYECTO UN GRUPO DE PERSONAS PARARON EL VEHICULO Y CON UNA LISTA PRECUNTARON ALGUNOS NOMBRES ENTRE ELLOS EL SUSODICHO Y LO HICIERON BAJAR ORDENANDO QUE CONTINUARA LA MARCHA EL VEHICULO SE DESPLAZABA LA CUADRILLA RAPIDITO SIN CONTAR A NADIE LO SUCEDIDO			
Ciudad de ocurrencia del accidente:	Municipio de Nariño Antioquia	Fecha y hora del accidente (DD/MM/AAAA):	El 27 de mayo a las 530 lo secuestraron y lo encuentran muerto el 28 de mayo a las 8 am

3. Descripción del accidente

Describe la forma de ocurrencia de los hechos:	El señor Willian estaba de regreso en el camión de la empresa con el grupo de trabajadores y en el
	kilometro 25 en la via a Nariño un grupo armado detiene el camión y con una lista preguntan por dos trabajadores donde el señor Willian se identifica , lo separan del grupo y les dicen a los demás que se monten de nuevo en el camión y les dicen que vuelvan a pasar para que lo recojan en el mismo punto, el camión vuelve a pasar y el señor Willian no estaba, luego al dia siguiente un campesino dio aviso del cadáver el cual estaba cerca a la carretera en un hueco al parecer abaleado, en el kilometro 4 vía la Quiebra Nariño, luego del levantamiento el cadáver fue llevado al Municipio de la Dorada .
Nombre Testigo 1:	Fabian Vergara
Forma de contacto:	Celular 3218129935
Relato:	El era el conductor del camión que los trasladaba del lugar de la obra al parque del Municipio y al campamento después de los trabajadores terminan el trabajo en la via

Adicionalmente la empresa empleadora CONVIAL SAS informó (págs. 40 y 41, ib.):

4. **Descripción detallada de las actividades que desarrollaba el trabajador al momento del evento:** Se encontraba en compañía de la cuadrilla en el vehículo de la empresa quien los trasladaba hacia el campamento.
5. **Descripción detallada del evento:** El trabajador se desplazaba en el transporte de la empresa entre el frente de trabajo y el campamento, cuando en forma súbita un grupo de personas detuvo el vehículo ordenando se bajara haciendo dos grupos uno a la derecha y otro a la izquierda. Dejando a uno de los costados al susodicho y al conductor toda vez que “ lista en mano “ llamaron entre otros nombres al señor WILLIAN ISAZA QUICENO.

~~Basados~~ unos segundos ordenaron se subiera todo el personal exclamando ^{AS} “devuélvanse hasta la escuela la linda que cuando regrese si encuentran a WILLIAM lo recogen sigan común y corriente. Nosotros sabemos quién son ustedes, donde ^{EX} trabajan, que hacen y donde viven, entonces – sigan para el campamento común y corriente y no digan nada”

Al otro día en horas de la mañana un campesino de la región informo que había un muerto en el camino, y se verifico que se trataba del compañero WILLIAN ISAZA QUICENO.

9. **Información sobre si la empresa tenía conocimiento de amenazas contra el trabajador o contra la empresa en esa zona y si se había hecho denuncia respectiva ante la autoridad competente :** ni la empresa ni los trabajadores habían tenido algún tipo de amenazas

De igual modo, se aportó copia de la investigación adelantada por la Fiscalía Seccional de Sonsón (Antioquia) y que fue archivada por «*imposibilidad de ubicar sujeto activo*», sobre los hechos ocurridos alrededor del fallecimiento del señor Isaza Quiceno («17RespuestaRequerimientoFiscalía.pdf», págs. 3 y 10), de donde se puede extraer respecto a los hechos, lo siguiente:

Fecha de los hechos: 28/05/2.014

EL DÍA DE HOY MIÉRCOLES 28/05/2.014, SIENDO LAS 08:30 HORAS, EL SEÑOR SARGENTO VICEPRIMERO GABRIEL LOZADA CORTES COMANDANTE DE LA ESTACIÓN, RECIBE LA INFORMACIÓN DE QUE A UN LADO DE LA VÍA QUE CONDUCE DEL MUNICIPIO DE NARIÑO AL MUNICIPIO DE SONSON A LA ALTURA DE LA VEREDA QUIEBRA HONDA DE ESTE MUNICIPIO FUE HALLADO UN CUERPO SIN VIDA, POR LO QUE NOS DIRIGIMOS HACIA ESE LUGAR A VERIFICAR LA INFORMACIÓN. AL LLEGAR A ESTE SITIO INSPECCIONAMOS EL LUGAR ENCONTRANDO EL CUERPO SIN VIDA DEL SEÑOR WILLIAN ISAZA QUICENO IDENTIFICADO CON C.C N° 98.677.608 DE SAMANÁ CALDAS, EL CUERPO FUE HALLADO APROXIMADAMENTE A 40 METROS DE LA VÍA PRINCIPAL QUE CONDUCE DE NARIÑO A SONSON, A UNOS 06 KILOMETROS DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO EN LA VEREDA QUIEBRA HONDA DE ESTE MUNICIPIO. EL CUERPO SE ENCONTRABA EN POSICIÓN CUBITO ABDOMINAL CON DOS HERIDAS EN LA ESPALDA AL PARECER CON ARMA DE FUEGO Y UNA HERIDA AL PARECER ORIFICIO DE SALIDA DE BALA EN EL TÓRAX. VESTÍA UNIFORME DE LA EMPRESA CONSORCIO NARIÑO, CAMISA DE COLOR VERDE CLARO EN LAS MANGAS Y EN EL CENTRO COLOR GRIS CON LOGOS DE LA EMPRESA CONSORCIO NARIÑO, PANTALÓN COLOR VERDE CLARO CON RIBETES GRISES A LOS COSTADOS, BOTAS DE CAUCHO DE COLOR NEGRO Y UN CASCO DE PROTECCIÓN DE COLOR AMARILLO QUE SE ENCONTRÓ AL LADO DERECHO DEL CUERPO. SE PROCEDIÓ A REALIZAR LA INSPECCIÓN AL LUGAR, FIJACIÓN FOTOGRÁFICA, INSPECCIÓN AL CUERPO, EMBALAJE, ROTULACIÓN Y TRANSPORTE DEL CUERPO HASTA LA MORGUE MUNICIPAL DE NARIÑO PARA REALIZARLE LAS DEMÁS DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO PARA PONERLAS A DISPOSICIÓN DE LA FISCALÍA.

III. DESCRIPCION DEL LUGAR DE LA DILIGENCIA (Incluyendo los hallazgos y procedimientos realizados)

Siendo las 05:30 horas recibe la información el Señor Sargento Viceprimero Lozada Cortes Gabriel Comandante de estación, de que el día de ayer 27 de Mayo de 2014 habían bajado del camión en que se transporta al trabajador, al Señor William Isaza Quirico en el Sector de la Vereda Quebra-Honda, de inmediato se procede a desplazarnos hacia el lugar, donde supuestamente habría sido bajado del camión por dos sujetos, al llegar al lugar aproximadamente a unos 40 metros al lado izquierdo de la vía Camión que conduce a la finca del Señor Ramon Medina, se encuentra en un lugar boscosa el cuerpo sin vida del Señor William Isaza Quirico, en posición boca abajo, el cual presentaba 02 impactos al parecer por arma de fuego en la espalda, con orificios de Salida en el pecho, el cuerpo sin vida vestía uniforme de la empresa botas de caucho, un casco color amarillo de protección en su cabeza, en su bolsillo derecho portaba su billetera en donde tenía el documento de identidad se realizaron también las tomas fotográficas la inspección técnica al cadáver, se embala y se rotula y se traslada hacia la morgue del municipio para realizar las demás diligencias correspondientes para dejarlo a disposición de la fiscalía.

Al expediente no se aportaron más medios de prueba, precisando la Sala respecto la naturaleza probatoria de los documentos acabados de citar, en especial el informe de investigación de accidente de trabajo de la otrora ARP, hoy ARL, constituyen documentos declarativos emanados de terceros y se asimilan a la prueba testimonial, así se recordó recientemente en la sentencia CSJ SL1531-2022, que a su vez reiteró la CSJ SL2906-2020 en los siguientes términos:

«[...]

En lo que respecta a los informes de las administradoras de riesgos laborales sobre accidentes de trabajo, en providencia CSJ SL4514-2017, reiterada en las sentencias CSJ SL17913-2017 y CSJ SL10250-2017, la Corporación recopiló la tendencia jurisprudencial consolidada sobre esta materia, así:

1º) Sobre la naturaleza probatoria del informe de investigación de accidente de trabajo de la otrora ARP. En torno a este tema, de antaño ha precisado la Corte lo siguiente:

a) Sentencia CSJ SL, del 8 de jul. 2003, rad. 19749:

[...] el caso de los informes que sobre los accidentes de trabajo rinden las administradoras de riesgos profesionales (ARP), de los que la jurisprudencia ha manifestado constituyen documentos Radicación n.º 66820 SCLAJPT-10 V.00 34 declarativos provenientes de terceros, que deben por tanto ser asimilados a un testimonio.

De ahí que en el marco de lo dispuesto por el artículo 7 de la ley 16 de 1969, deviene formalmente desacertado que la acusación pretenda controvertir ante la

Corte el atenuamiento a la ley de la sentencia gravada únicamente desde un documento que en riguroso sentido equivale a un testimonio, que no es prueba calificada [...]

En relación con el informe del accidente laboral que produjo la ARP Colmena, visible entre folios 64 y 65 del expediente, del que el cargo afirma que fue apreciado equivocadamente por el Tribunal, reitera la Corte lo que ya expresó a propósito del ataque anterior, en el sentido que más allá de si se produjo o no la ratificación que extraña el impugnante, ello carece de trascendencia en el caso, pues el documento que contiene aquel, según la jurisprudencia, es simplemente declarativo y se asimila a la prueba testimonial que, como se sabe, no es calificada y sobre ella tampoco se puede estructurar acusación en el recurso extraordinario.

b) Providencia CSJ SL17468-2014, del 30 de abr. 2014, rad. 46057:

1.1) Documento técnico de investigación elaborado por la Administradora de Riesgos Profesionales Colpatria (folios 83 a 97).

[...] Tiene adoctrinado esta Sala que en virtud al artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, aún con la modificación introducida por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003, aplicable al proceso laboral por así permitirlo el 145 del estatuto adjetivo del trabajo y de la seguridad social, los documentos simplemente declarativos emanados de terceros, deben apreciarse en la misma forma que los testimonios; y como es sabido, la prueba por testigos no es una de las tres hábiles para estructurar un error de hecho manifiesto en la casación del trabajo, de conformidad con lo estatuido en el artículo 7° de la Ley 16 de 1969.

[...]

d) Sentencia CSJ SL2644-2016, 2 mar. 2016, rad. 46403:

Al respecto, anota la Sala que efectivamente la aludida investigación (Folios 17 y 75), aparece suscrita por la profesional de salud ocupacional del ISS, Beatriz Elena López Arango y, por lo tanto, ese medio de convicción en realidad corresponde a un documento que proviene de un tercero, que en casación laboral recibe el mismo tratamiento de la prueba testimonial y, en Radicación n.º 66820 SCLAJPT-10 V.00 35 consecuencia, no resulta apto dentro del recurso extraordinario para estructurar un error de hecho, conforme a la restricción contenida en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969.

[...]

Es más, atinente a las actas de los comités paritarios de salud ocupacional, esta Corporación en providencia CSJ SL, 25 de jul. 2002, rad.18520, asentó: Respecto al acta de la reunión extraordinaria del Comité Paritario de Salud Ocupacional, Higiene y Seguridad de la empresa (fls. 79, 80, 81 y 82), que se denuncia como no apreciada por el Tribunal, es de advertir que dicho documento por su carácter eminentemente declarativo, de conformidad con lo señalado en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil debe ser apreciado en la misma forma que los testimonios y en esa medida no se constituye en una prueba apta para estructurar yerro fáctico manifiesto en casación del trabajo.

[...]

Por lo demás, tanto el ‘acta’ como el ‘informe’ tienen una indiscutible naturaleza de documentos declarativos, y como tal deben ser apreciados en la misma forma que los testimonios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. Índole testimonial de los referidos documentos que los hace inidóneos para estructurar un error de hecho manifiesto en la casación del trabajo, en los términos del artículo 7° de la Ley 16 de 1969.”

Y en asunto similar, con sentencia CSJ SL806-2022, la Sala, reiteró:

No obstante, si por amplitud la Sala se detuviera en el informe del accidente de trabajo, no podría abordar su estudio de fondo, en tanto no es una prueba calificada en casación, dad[a] su naturaleza testimonial. En providencia CSJ SL1906-2021, se dijo:

Ahora, el precedente de la Sala ha establecido cuando los informes e investigaciones administrativas pueden ser analizadas y, aunque se reitera en principio, estos no constituyen prueba calificada de conformidad con lo sostenido por la jurisprudencia, este tipo de documentos señala el precedente constituyen un documento declarativo y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, aún con la modificación introducida por el artículo 27 de la Ley 794 de 2003, aplicable al proceso laboral por así permitirlo el 145 del estatuto adjetivo del trabajo y de la seguridad social, los documentos simplemente declarativos emanados de terceros, deben apreciarse en la misma forma que los testimonios. (SL 17468-2014, SL3169-2018, SL716 - 2021). Es así como se podrá asumir el estudio del informe y la investigación del accidente de trabajo, en la medida en que se demuestre error respecto de una prueba calificada en casación (CSJ SL 4514-2017)».

En ese orden de ideas, al ser documentos de contenido declarativo emanados de terceros, deben ser **apreciados** sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación, tal como lo señala el artículo 262 del CGP y lo ha indicado la jurisprudencia laboral (Ver entre otras muchas, la radicada al 43422 del 6 de marzo de 2012, reiterada en sentencias CSJ SL 18112-2017 y SL4907-2020). Precizando la Sala, en estos casos, el hecho que la parte contraria no solicite la ratificación, no significa que su contenido sea cierto o no, o que su fuerza persuasiva sea indiscutible, pues para establecer su veracidad deben analizarse de manera integral junto con las demás pruebas, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, de los anteriores medios probatorios, analizados con base en la regla de la libre formación del convencimiento, establecida en el artículo 61 del CPTSS, estima esta Corporación, que si bien resultan precarias las pruebas adosadas al expediente, es dable establecer inicialmente e incluso no se discute en el plenario, que el deceso del trabajador ocurrió luego de que haya sido retirado del medio de transporte proporcionado por el empleador CONVIAL y, aunque las pruebas antes verificadas no apuntan de forma directa y precisa cómo ocurrieron los hechos, empero, sí se vislumbra una serie de indicios que permiten dilucidar, la forma en que fue extraído del medio de transporte, constituye una circunstancia ajena al trabajo, sin relación o nexo causal alguno con ello, pues no se discute, ni siquiera en la alzada que en efecto el causante fue llamado por el grupo armado ilegal, con lista y por nombre propio, circunstancia que rompe con el nexo causal

de que el deceso hubiere ocurrido con ocasión del trabajo, tal como lo exigen la norma y la jurisprudencia en cita.

En efecto, a dichos medios de convicción se les otorga credibilidad en la medida que el referido informe, constituye el instrumento en el cual quedó plasmado lo que pudo averiguarse por parte de la aseguradora para ese momento, donde se recaudó lo dicho por el principal testigo, que no fue otro que el conductor quien transportaba a los trabajadores de la empleadora CONVIAL, entre ellos el causante, de modo que su dicho aunque no haya sido contrastado en el presente proceso, constituye un indicio serio en aras de establecer la circunstancia en que ocurrió el insuceso, lo cual resulta incluso concordante con lo informado por la misma empresa en tal sentido, junto con el informe de policía, los cuales también resultan indicativos en torno a que el causante había sido *bajado* del camión y/o transporte. De modo que la suma de todos esos indicios, valorados en conjunto y a la luz de la sana crítica, permiten a la sala dar credibilidad al hecho de que, ciertamente, el causante fue descendido del vehículo por causas ajenas al trabajo o su empleador.

Ahora bien, contrario a lo esgrimido por el recurrente, de las pruebas recaudas no es posible colegir que la empresa hubiere recibido amenazas, o que, en efecto se hubieren presentado homicidios de otros trabajadores, con lo cual pudiese la Sala entrar a establecer que el deceso de ese trabajador específico estuviere relacionado con las labores que desempeñaba la empresa en ese municipio. Del contexto y escaso material probatorio aportado, lo que palmariamente puede concluirse, es que, dicho homicidio fue por causas distintas a la función que el de cujus se encontraba desarrollando, por tanto, tal evento no puede calificarse sino como de origen común, pues se insiste, para que se presente un accidente laboral o contingencia de origen profesional, debe existir una íntima relación de causalidad entre el hecho dañoso y el servicio o trabajo desempeñado, ya sea de manera directa o indirecta.

En ese orden, si bien en principio se tiene que el empleado fallecido se transportaba en el vehículo suministrado por el empleador, lo que en efecto prolongaba el ámbito de protección y por ende, sería el llamado a responder por los perjuicios que se llegaren a causar en ese desplazamiento, al ser el empleador quien en ese momento determina y controla las condiciones en las que se realiza el transporte, es decir, que puede controlar o al menos circunscribir el riesgo que

crea (al respecto ver la sentencia C-453 de 2002); por tanto, en esos casos, resulta forzoso concluir que el hecho de que sea un tercero el que le causó la muerte al trabajador, no rompe en principio la relación de causalidad entre su actividad profesional o laboral y el daño ocasionado, en tanto resulta indiscutible que el desplazamiento se da en razón de su empleo.

No obstante lo anterior, como bien lo ha precisado la Alta Corporación, existen casos en los que factores y circunstancias externas pueden romper el nexo de causalidad que debe predicarse entre el siniestro y los peligros derivados del trabajo, estas deben ser de tal entidad que lleven a neutralizar e incluso a sustituir, el riesgo propio de la labor (CSJ SL417-2018) y, para el caso, contrario a lo que se alega en la alzada, sí se avizoran circunstancias externa que rompen el vínculo existente entre el accidente y la labor desempeñada, ya que, aunque la presencia de William Isaza Quiceno en el sitio de los acontecimientos en principio obedeció al vínculo laboral que lo ataba al empleador CONVIAL, se rompió por aspectos ajenos al empleo y a la empresa como tal, puesto que al ser llamado con nombre propio y extraído del vehículo de la empresa que lo transportaba, resulta evidente que no obedeció a un hecho al azar o relacionado con las actividades de desarrolladas por la empresa empleadora en la municipalidad de Nariño (Antioquia), sino a la persona de William Isaza Quiceno.

No se tiene noticia alguna dentro del presente proceso de amenazas o que la zona estuviese declarada o dominada por grupos al margen de la Ley, para que de ahí el empleador tuviese que tomar medidas de seguridad como lo sugiere el apelante, como tampoco, que una vez ocurrido el suceso de la muerte del causante la empresa empleadora hubiese abandonado la zona. Contrario sensu, en la investigación de campo efectuada por la Fiscalía General de la Nación, se señaló que quien abandonó tal localidad fue la hoy demandante:

Para el día 16 de mayo de 2016 se recibe por parte del suscrito el oficio numero 0875 llegado de la estación de policía Nariño en el cual me informan que la señora ORFA NELLY BEDOYA ALZATE luego de ocurrido el hecho en el cual falleció su compañero sentimental abandonó la localidad y en la actualidad no se sabe de su paradero, así mismo se informa que se indagó sobre familiares del hoy occiso en esa localidad pero que la comunidad informa que el señor WILLIAM ISAZA QUICENO no era oriundo de esa localidad motivo no hay familiares de él en Nariño, tampoco se tiene conocimiento de testigos que nos pudieran dar pistas sobre lo ocurrido.

En esa medida, no son de recibo los argumentos expuestos por la parte recurrente, al estar acéfalos de prueba alguna, pues lo que se desprende del haz probatorio arrimado a los autos, es el rompimiento de ese nexo de causalidad, donde se verifica que el fallecimiento del señor Isaza no fue a causa directa del

trabajo o la labor desempeñada, ni por causa o con ocasión del mismo, pues se insiste, por la forma como ocurrió el hecho, no es posible afirmar que los móviles del insuceso hubiesen estado relacionados con su trabajo y mucho menos con su empleadora.

Por lo motivado, no queda otro camino que confirmar la decisión de primer grado, agotándose de esta manera la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos esgrimidos en el recurso de la alzada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLIVA MARINA
MÁRQUEZ SARMIENTO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
(RAD. 31 2021 00591 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 19 de agosto del 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., récord 1:16:35, archivo 33 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de la demandante OLIVA MARINA MÁRQUEZ SARMIENTO del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración y seguros.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero correspondientes a los aportes realizados por la demandante durante todo el tiempo que estuvo vinculado en dicho fondo, junto con sus recursos y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros. Igualmente, COLFONDOS deberá trasladar a COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió de PORVENIR por concepto de aportes de la demandante.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR y COLFONDOS en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente en favor de la demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló, solicitando que a la demandante no le asistiría el derecho a reintegrarse al régimen de prima media teniendo en consideración al artículo segundo de la Ley 797 del año 2003 y por otra parte de acuerdo a lo manifestado dentro de su interrogatorio, dentro del cual no se observan elementos de juicio que permitan definir el incumplimiento del deber de información suscrito para la fecha en que se perfeccionó el traslado, solicitando se tenga en cuenta el tiempo que se ha encontrado vinculada al RAIS dejando clara su intención de permanecer bajo la cobertura del sistema (*Audiencia virtual 19 de agosto del 2022 récord 1:18:35*)¹.

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

¹ De manera respetuosa me permito interponer recurso en el sentido de reiterar, que establecer que la aquí demandante no le asistiría el derecho a reintegrarse al régimen de prima media teniendo en consideración, por un lado las prerrogativas del artículo segundo de la Ley 797 del año 2003 y por otra parte de acuerdo a lo manifestado dentro de su interrogatorio, dentro del cual no se observan elementos de juicio que permitan definir el incumplimiento del deber de información suscrito para la fecha en la cual se perfeccionó el traslado inicialmente con Porvenir y posteriormente con las demás administradoras del RAIS.

Aunado a lo anterior, ruego al honorable Tribunal Superior de Bogotá teniendo de presente que la aquí accionante en consideración al margen de tiempo en que se ha encontrado vinculada al RAIS ha dejado una noción nítida y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema, con todo lo que ello implica dilucidando así todo campo de incertidumbre en cuanto a controvertir su afiliación a diferentes administradoras de pensiones, esto en atención a lo manifestado por la sentencia SL 413 del año 2018 de la Sala de Casación Laboral, en estos términos dejo plasmado el recurso su señoría, muchas gracias

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 2 y 3 Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Ibidem, páginas 3 a 6), aspirando se declare la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. el traslado a Colpensiones, junto con las cotizaciones, bonos pensionales si los hay, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses con los rendimientos y costas del proceso. En subsidio solicita se ordene a quien corresponda al pago de perjuicios ocasionados, los cuales deben tasarse en relación a la diferencia entre la mesada que pagaría COLFONDOS S.A. y la que le correspondería por seguir en el régimen de prima media con prestación definida de acuerdo con el índice de promedio de vida para las mujeres en Colombia, de acuerdo con el DANE. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que descontó de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración y seguros, y a COLFONDOS le ordenó trasladar los aportes realizados por la demandante, junto con sus recursos y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros. La *a quo* fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, señalando dentro de autos ello no se demostró.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le

falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

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 27 de octubre de 1953 (páginas 49 y 50 Archivo 1 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 40 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 **28 octubre de 1999** con fecha de efectividad el **01 de diciembre de 1999**, por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 514.42 semanas, que corresponden a 10 años y 1 día (*Página 61, archivo 20 expediente digital*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende 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 –

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **28 de octubre de 1999**, efectivo el **01 de diciembre de 1999** (*Páginas 97 y 99, Archivo 9 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 tunc³, 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).

³ 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.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce

engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

“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.

son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar

⁵ Audiencias del 12 y 19 de agosto del 2022

que los asesores de PORVENIR le expresaron que el ISS pronto se acabaría y que se podía pensionar sin tantos requisitos y acumular mayor dinero.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

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

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 99, Archivo 9 expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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.

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, tal como se dejó sentado de

manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a la potencial afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y

riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (28 de octubre de 1999, efectivo el 1 de diciembre de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, 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.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 23 Archivo 20 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

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

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

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

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

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

[...]

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

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

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)."

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS (Archivo 20 pagina 23 expediente digital) a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS además de lo ordenado por la Juez a quo deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷, de la misma manera PORVENIR debe retornar a COLPENSIONES las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los términos atrás expuestos, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

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).

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁸ (*Archivo 8 expediente digital, página 12*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del recurso de apelación y 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.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de febrero del 2022, Archivo 19 expediente digital.

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

RESUELVE

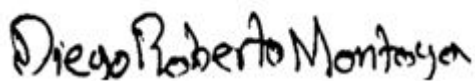
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS y PORVENIR retornar a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la Juez *a quo*, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera **indexada** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

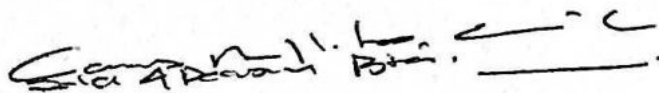
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

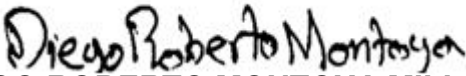
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR ALBERTO CORREDOR MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. (RAD. 31 2021 00522 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS


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 el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de julio del 2022 (Exp. Digital: «027. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 11001310503120210052200-

20220711_100752-Grabación de la reunión.mp4», récord 1:32:30), en la que se resolvió:

«PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante OMAR ALBERTO CORREDOR ROMERO a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de costas y de agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de las demandadas.

Como quiera que el resultado de esta sentencia fue adverso a los intereses del demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada».

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando, la juez de forma equivocada da por demostrado sin estarlo que el demandante recibió la información mínima al momento del traslado, por una indebida valoración probatoria de las pruebas allegadas al plenario y las pruebas practicadas; precisando, que las normas vigentes al momento del traslado señalan que los promotores deben suministrar información suficiente y amplia, es decir no se trata de una información parcial que se limita a vender las ventajas de los aspectos positivos, sino, es una información que debe ser completa amplia y suficiente. En ese sentido, debía informársele al actor al momento de su traslado del año 1997, todas las características que tenía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al cual se estaba trasladando y en el interrogatorio al señalar que no se le explicó la posibilidad de realizar aportes voluntarios, una característica central que tiene este régimen de ahorro individual, no se le explicó en el momento del traslado.

Que no se puede concluir bajo ningún concepto que se le dio una información suficiente, cuando no se le explicó la totalidad de las características del régimen al cual se estaba trasladando, incluso no se le dio una explicación comparativa de cuáles son las ventajas de cada uno de los regímenes, por lo tanto no hay un cumplimiento del deber de información y aunque se hubiese señalado por parte del actor que se le explicó el tema de la cuenta de ahorro individual que podía generarle su pensión, de igual modo, para que pueda hablarse del cumplimiento deber de información y se pueda concluir o se pueda extraer confesión, esa información debe ser completa, referida a la totalidad de los elementos que deberían suministrarse en

ese momento y en el caso concreto no fue así, no se le dio toda la información pertinente.

Señaló, hubo indebida valoración del testigo, pues la jurisprudencia ha señalado que la información importante es la del traslado inicial y si se efectúa un ejercicio argumentativo, que en el año 2009 el asesor que fue citado al proceso le dio toda la información, ni aun así lograría demostrarse el cumplimiento de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones en ese momento (Porvenir), porque en este tipo de escenarios lo que se evalúa es el traslado inicial surtido en el año 97, del cual no es dable concluir que a partir de que se ha llegado a una documental de capacitación del asesor de Porvenir, puede concluirse que toda la capacitación que recibió, permite llegar a la conclusión de que se le dio toda la información al demandante.

Señaló que en un caso similar al que nos ocupa, resuelto por este Tribunal revocó una sentencia de primer grado dictada por la misma juez a quo, estimando que no se había cumplido precisamente con ese deber de información, al tenor de la jurisprudencia y además se le exhortó a acatar la jurisprudencia vertical emanada tanto del Tribunal como de la Corte Suprema de Justicia, insistiendo así, nos encontramos frente a una situación en la que no se valoró de forma completa el interrogatorio rendido por la parte demandante y esa valoración completa llevaría indudablemente a concluir que no se cumplió con el deber de información por parte de la AFP y el resto de pruebas no permiten demostrar que se haya dado dicho cumplimiento. De este modo, solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones (récord 1:33:36¹, ibidem).

¹ «Muchas gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que me acaba de ser notificado. El alcance de la impugnación se va a referir a totalidad a las pretensiones y a la totalidad de las pruebas allegadas o practicadas en el proceso solicitó entonces al honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá que revoque la sentencia de primer grado dictada el día de hoy 11 de julio de 2022 en su totalidad y en su lugar acceda a las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda, para sustentar este recurso de apelación me permito presentar los siguientes argumentos:

El primer argumento central que va directo a derribar los argumentos señalados por la señora juez en la sentencia que acaba de ser notificada es que la juez de forma equivocada da por demostrado sin estarlo que el demandante recibió la información mínima al momento del traslado llega a esta conclusión debido a una indebida valoración probatoria de las pruebas allegadas al plenario y las pruebas practicadas, sustentó esta afirmación bajo los siguientes razonamientos lo primero para poder alegarse poder señalarse que se recibió la información completa suficiente al momento del traslado inicial es preciso señalar justamente las normas que estaban vigentes al momento que fueron la ley 100 del 93 el decreto 790 de 1994 y demás normas citadas en la sentencia, precisamente esas normas señalan que los promotores deben suministrar información suficiente y amplia, es decir no se trata de una información parcial que se limita a vender las ventajas de los aspectos positivos sino que es una información que debe ser completa amplia y suficiente, estamos hablando entonces que debía informársele al señor Omar Alberto Corredor al momento de su traslado del año 1997 todas las características que tenía régimen de ahorro individual con solidaridad al cual se estaba trasladando y es que es claro el señor Omar Alberto corredor en el interrogatorio al señalar que no se le explicó la posibilidad de realizar aportes voluntarios una característica nodal central que tiene este régimen de ahorro individual no se le explicó en el momento del traslado, entonces no se puede concluir bajo ningún concepto que se le dio una información suficiente cuando no se le explicó la totalidad de las características del régimen al cual se estaba trasladando, incluso no se le da una explicación comparativa de cuáles son las ventajas de cada uno de los regímenes de régimen de prima media del régimen de ahorro individual, por lo tanto no hay un cumplimiento del deber de información y aunque se hubiese señalado por parte del actor que se le explicó el tema de la cuenta de ahorro individual que podía generarle su pensión es claro que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha dicho que para que pueda hablarse del cumplimiento deber de información y se pueda concluir o se pueda extraer confesión esa información debe ser completa tiene que referirse a la totalidad de los elementos que deberían suministrarse en ese momento

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 OMAR ALBERTO CORREDOR MORENO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «001. DEMANDA25102021_163734.pdf», págs. 2 y 3) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 7, ibidem), aspirando se declare ineficaz o nula la afiliación efectuada del régimen de prima media al de ahorro individual con la AFP PORVENIR y SKANDIA, en consecuencia, se condene a la AFP SKANDIA a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación; las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esas administradoras. Se ordene a COLPENSIONES a recibirlo en el Régimen de Prima Media, junto con la totalidad de los ahorros que

y en el caso concreto no fue así, no se le dio toda la información pertinente esta jurisprudencia como ya se fue señalado previamente está contenida en la es el 1452 de 2019.

Quiero también detenerme un poco en el tema de la práctica de las pruebas que fueron realizadas en el presente proceso para que el tribunal las analice y tenga en cuenta la indebida valoración que hizo la señora juez, frente al tema del testigo es claro en señalar que por ejemplo la sentencia SL16882-2019 ha señalado que la información importante es la del traslado inicial si nosotros incluso un ejercicio argumentativo asumimos que en el año 2009 el asesor que fue citado el proceso le dio toda la información, ni aún así lograría demostrarse el cumplimiento de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones en ese momento Porvenir ¿por qué? abro comillas “la Corte Suprema ha señalado nótese que un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad, por el contrario si la asesoría no se otorga en su día pierde su utilidad y ello equivale a la ausencia de información toda vez que el deber que le asista a las sociedades administradoras de pensiones se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad a este” cierro comillas demasiado clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a este tipo de escenarios en los que debe evaluarse o debió evaluarse por la señora juez el traslado inicial surtido en el año 97 del cual por ejemplo no es dable concluir que a partir de que se ha llegado a una documental de capacitación del asesor de Porvenir puede concluirse que toda la capacitación que recibió permite llegar a la conclusión de que se le dio toda la información al demandante, esto implicaría señalar que en todos los escenarios se suministró la misma información y es una conclusión que nos llevaría a situaciones absurdas. Quiero señalar también igualmente que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterada en la jurisprudencia con respecto a este tipo de temas y también el Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá y quiero citar muy brevemente una sentencia de El Tribunal que es el superior funcional de la señora juez. La sentencia en la que obra como demandante el señor Henry Orlando Guevara versus Colpensiones y Porvenir que fue atendida en primer grado por la señora juez tiene un número de expediente 11001310531 2021 0034201 este caso que es similar al que nos ocupa fue resuelto por el tribunal revocando la sentencia de primer grado dictada por la señora juez estimando que no se había cumplido precisamente con ese deber de información al tenor de la jurisprudencia que cite precedentemente e incluso en el numeral tercero el Tribunal de forma acertada exhorta a la juez 31 laboral del circuito de Bogotá a acatar la jurisprudencia vertical emanada tanto del tribunal como de la Corte Suprema de Justicia, entonces es claro que nos encontramos frente a una situación en la que no se valoró de forma completa el interrogatorio rendido por la parte demandante y esa valoración completa llevaría indudablemente a concluir que no se cumplió con el deber de información por parte de la AFP y el resto de pruebas no permiten demostrar que se haya dado dicho cumplimiento.

Entonces porque el interrogatorio de parte no puede estimarse como confesión y no puede derivarse una conclusión equivoca de que se le suministro toda la información al momento del traslado, segundo porque el testigo ni siquiera asumiendo que todo lo que dicen sus dicho es cierto permite demostrar que en el 97 fecha del traslado inicial se cumplió con ese deber de información y tercero porque sobre las jurisprudencias de la corte se circunscribe a la afiliación inicial es que en este caso ha ocurrido o sea incurrido más bien en una clara indebida valoración de las pruebas y en un yerro al momento de tomar la decisión y por lo tanto solicitó al tribunal que en decisión de segunda instancia revoque en su totalidad la de primer grado y acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda muchísimas gracias señora Juez y Honorable Magistrados».

SKANDIA traslade a dicha entidad, actualizando su historia laboral; las costas del proceso, más lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor y la condenó en costas. Lo anterior, al considerar que en el caso que nos ocupa se acredita con lo confesado por el demandante, con el dicho del testigo recaudado y la prueba documental arribada al plenario, que el demandante sí recibió la información mínima requerida y necesaria en el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional.

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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia del registro civil de nacimiento del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de septiembre de 1964 (página 68, «001. DEMANDA25102021_163734.pdf»), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de septiembre del 2021 (páginas 69 a 74, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 221,57 semanas (páginas 50-51, «008.Contestación Skandia y llamamiento en garantía Mapfre.pdf») equivalentes a 4 años y 3 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.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

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 **29 de septiembre de 1997 con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1997** (pág. 53 ib.), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP («007. CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf», página 83).

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 tunc³, 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

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

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 actorb 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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“El 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 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

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

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.

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, contrario a lo asentado por el juez de primer grado, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte⁵ el demandante refirió que para el año 1997, cuando se trasladó de régimen pensional, en la empresa donde laboraba, los invitaron a una reunión con asesores de PORVENIR para ofrecerles una alternativa para su pensión, que fue una reunión muy corta, donde estaban en fila muchísimos empleados, había varios asesores, pasaban se sentaban con ellos un tiempo corto y después firmaban un formulario y terminaba el proceso, que ese proceso le informaron, que este cambio les iba a beneficiar dadas las condiciones del sistema de pensiones en Colombia para entonces, que la pensión iba a ser mejor porque era una cuenta de ahorros individual y solo dependía de cada uno; que el ISS podría ser liquidado; además, no recordó que le hubiesen informado sobre los rendimientos financieros, tampoco que pudiera hacer aportes voluntarios o que pudiera retractarse de firmar el formulario de afiliación, que le hubieran manifestado la oportunidad de retornar al ISS, ni sobre el bono pensional, tampoco recibió una proyección de la mesada pensional. De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte del demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados.

A más de lo anterior, tampoco puede advertirse tal información de la declaración del señor Alfredo Ordoñez Villalobos, pues es claro que sólo participó en la afiliación del demandante cuando éste se trasladó horizontalmente en el RAIS a la AFP SKANDIA en el año 2009, por lo que a pesar de haber señalado de manera general la información que brindaba en su calidad de asesor de Skandia, tal circunstancia no prueba de forma alguna el suministro de información señalado en esta providencia, pues conforme se ha venido señalando, **debe ser suministrada es para 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, escenario que a todas luces no pueden ser acreditado con la información dada para el años 2009, pues el traslado

⁵ Audiencia del 11 de julio del 2022, récord 06:27, «027. AUDIENCIA PROCESO ORDINARIO 11001310503120210052200-20220711_100752-Grabación de la reunión.mp4».

de régimen se efectuó mediante la afiliación a PORVENIR el día 29 de septiembre de 1997 (Pág. 83, «007. CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf»).

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 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 perjudicarle
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 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (29 de septiembre de 1997), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, 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, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

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 SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (páginas 28 a 53, «03 2021-197 Fls. 98-219. Contestacion skandia llamamiento 24-11-2021.pdf»), 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 revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, 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 del demandante.

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las comisiones, las primas

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶, 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 utilidades⁷, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a las administradoras PORVENIR y SKANDIA, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones 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 los mismos 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 demás sumadas indicadas. 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».

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 PROTECCIÓN 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 (...).».

Así también 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, 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 del demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (Página 13 «006. CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf»), 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 CSJ SL2611-2020, 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

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto de 13 de enero de 2022 (archivo «011. 11001310503120210052200 Auto tiene por contestada y ordena Notificar.pdf»).

*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, (...)» (Negritas y subrayas fuera de texto)

Frente a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas No. 9201407000002 y 9201411900149 (páginas 91 a 99, «008.Contestación Skandia y llamamiento en garantía Mapfre.pdf»), la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado, de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108⁹ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso.

⁹ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.

<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a la demandada SKANDIA, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado. De igual modo, a la AFP PORVENIR S.A. devolver a los gastos de administración, comisiones, 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 aparentemente afiliado a esa administradora.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTAS.

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

REVOCAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por OMAR ALBERTO CORREDOR MORENO el 29 de septiembre de 1997 (con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1997) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, 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, conforme lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.**, devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, 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 aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados de las **AFP PORVENIR Y SKANDIA**, a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de todas y cada una de las suplicas efectuadas en el llamado en garantía por la demandada AFP SKANDIA S.A.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas AFP PORVENIR Y SKANDIA, favor del demandante. Por el llamamiento en garantía, las costas corren cargo de SKANDIA y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OVIDIO SIERRA GARCÍA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SKANDIA S.A. (RAD. 29 2021 00283 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «027GrabacionArt.77y80CPLySS.mp4», récord: 1:15:48), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor OVIDIO SIERRA GARCÍA identificado con la cédula de ciudadanía N°19.412.466 a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, el 11 de octubre de 1999 y con fecha de efectividad del primero de diciembre de 1999 por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del señor OVIDIO SIERRA GARCÍA 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 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., todos los valores que han recibido con motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAR en costas.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA DE SEGUROS S.A de las pretensiones formuladas en su contra.

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y la Seguridad Social».

Inconforme con la decisión las apoderadas judiciales del demandante y la demandada COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, la parte actora apeló la decisión parcialmente a efectos de que se modifique y/o adicione el numeral segundo de la sentencia y se revoque en su integridad el numeral cuarto de la misma. Respecto al primer punto, por cuanto riñe con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral y que desde la demanda se solicitó además del saldo existente en la cuenta de ahorro individual y a los rendimientos, los frutos, intereses, bonos pensionales, porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de pensión mínima, lo recaudado por gastos de administración y sumas adicionales. Lo anterior, teniendo en cuenta que la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelven a su estado inicial, inclusive, señalando que el fondo debe asumirlo con sus propios recursos y de manera indexada, precisando que este tipo de valores deben aparecer reflejados y debidamente discriminados en la historia laboral una vez se reanude la activación del demandante en Colpensiones.

En lo que refiere al segundo punto de apelación, solicitó que se debe condenar en costas, por cuanto el artículo 365 del CGP establece que en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida, de modo que es una sanción objetiva que contempla la misma ley y, teniendo en cuenta que en este proceso fueron condenados Colpensiones y Skandia, las mismas deben ser condenadas en costas, máxime, si se considera que desde la contestación de la demanda se opusieron con vehemencia a la prosperidad de las pretensiones. En ese sentido, aludió a sentencias proferidas por este Tribunal en las distintas salas

de decisión laboral donde se ha ordenado la condena en costas en procesos similares¹ (récord: 1:18:11, ibidem).

A su turno, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación respecto a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media, en el sentido que frente a la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado como es este caso, cuando esta tiene lugar, conforme la jurisprudencia se deben incluir los valores correspondientes a los pagos de seguros provisionales y gastos de administración, en ese sentido, solicitó que se modifique la decisión, ordenándose el reintegro total de las sumas,

¹ «Señora juez muchas gracias, de entrada debo celebrar su sentencia, comparto así que a plenitud los argumentos expuestos en ella, no obstante lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión que acaba de ser proferida para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a efectos de que se modifique y/o adicione el numeral segundo de la sentencia y se revoque en su integridad el numeral cuarto de la misma y para efectos de sustentar el recurso en los siguientes términos:

Si bien el despacho brinda una serie de argumentos por los cuales considera que la condena debe limitarse a los aportes que obran en la cuenta de ahorro individual y a los rendimientos, este extremo procesal no comparte esa conclusión y considera que con la misma de manera un poco contradictoria en razón a que el juzgado amparó su decisión precisamente en la sentencia SL 5686 de 2021 con ponencia del honorable magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez, pues riñe un poco con el mismo precedente jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia y esto en razón a que desde la demanda se solicitó que adicional al saldo existente en la cuenta de ahorro individual y a los rendimientos, se condenará a Skandia a devolver los frutos, intereses, bonos pensionales, porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de pensión mínima, lo recaudado por gastos de administración y sumas adicionales, conforme al mismo presidente que enunció la juez en el fallo y que no acogió en su integridad, nótese señoría que en la misma sentencia que usted mencionó y en la cual amparo su decisión la Corte Suprema de Justicia se dispuso comillas “Por otra parte es menester señalar que aunque el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la corte ha explicado que sus consecuencias prácticas son idénticas, esto es que las cosas vuelven a su estado inicial de ahí que la AFP Old Mutual esté obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros profesionales con cargo a sus propios recursos y utilidades”, inclusive señoría si usted detalla, la misma corte ha impuesto que el fondo debe asumirlo con sus propios recursos y ese es el mismo precedente en el cual usted amparo su decisión y que en mi en mi humilde criterio no se dieron razones sólidas para apartarse inclusive de ese mismo precedente jurisprudencial, por tanto le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que como se dijo adicionen o modifiquen el numeral segundo de la sentencia en el sentido de ordenar que Skandia además de lo sobrante del saldo existente en la cuenta de ahorro individual, deben devolver todos los conceptos a los que acabo de hacer mención con cargo a sus propios recursos e inclusive la corte a adicionado que ello debe ser de manera indexada y en pronunciamientos recientes la misma Corte Suprema de Justicia ha establecido que todos este tipo de valores deben aparecer reflejados y debidamente discriminados en la historia laboral una vez se reanude la activación de mi poderdante en Colpensiones eso en un primer estadio.

Ahora bien de igual manera le solicito a los honorables magistrados que componen la Sala de Decisión Laboral que revoquen de manera íntegra el numeral cuarto de la sentencia recurrida en cuanto se abstuvo de emitir condena en costas, ello por cuanto de conformidad con el artículo 365 del código general de procesos aplicable a los asuntos laborales por remisión del artículo 145 del procesal del trabajo, expresamente establece que en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida ello es señoría una sanción objetiva que contempla la misma ley y teniendo en cuenta que en este proceso fueron condenados Colpensiones y Skandia conforme al numeral primero segundo y tercero de la sentencia, pues las mismas deben ser condenadas en costas máxime si se considera que desde la contestación de la demanda se opusieron con vehemencia a la prosperidad de las pretensiones sobre el particular señoría me permito referir la decisión emitida por la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá dentro del radicado 11001310502720190070001 con ponencia del honorable magistrado David Correa Steer quien al resolver un recurso de apelación similar al planteado por el suscrito en un asunto donde se debatía la ineficacia de traslado del régimen pensional, expresamente resolvió comillas “para resolver el punto de apelación propuesto por el apoderado demandante en lo concerniente a las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del código general del proceso numeral primero, se dispone que debe condenarse en costas a la parte a las partes vencidas en juicio o a quién se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación casación o revisión que hayan interpuesto, ahora bien la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que se otorga a favor del vencedor, el derecho que le sean reintegrados los gastos procesales”, por su parte el artículo 366 y ibidem comillas “descendiendo al caso que nos ocupa encuentra la Sala que el Juzgador de primera instancia se abstuvo de condenar en costas a las demandadas Porvenir y Colpensiones las cuáles fueron vencidas en juicio por lo que acordé con el marco normativo vigente, éstas deben ser condenadas en costas, conforme con lo indicado es claro que hay lugar a adicionar la providencia recurrida en el sentido de condenar en costas a Porvenir y Colpensiones y a favor de la parte demandante” cierro comillas, la misma corporación dentro del radicado 11001310502720220003601 con ponencia de la magistrada Diana Marcela Camacho Fernández apuntó comillas “en segunda instancia se impondrá condena en costas a cargo de Colpensiones. De las de primera instancia deberán modificarse ya que en efecto Colpensiones funge como entidad demandada y resultó ser la parte vencida en el proceso al igual que el otro fondo de conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 365 además que realizó férrea oposición a las pretensiones de la demanda”, por esas razones señorías considero que el numeral cuarto también debe ser debe ser revocada por el honorable Tribunal y las demandas deben ser condenadas en costas de primera instancia, en esos términos señoría dejó sustentado mi recurso de apelación el cual le ruego sea concedido muchísimas gracias».

incluyendo los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración² (récord: 48:59, 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 del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «001Demanda.pdf», páginas 10 y 11), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 6 a 10, ibidem), aspirando se declare ineficaz el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMP, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS ante la AFP SKANDIA el 11 de octubre de 1999; de declaro que siempre permaneció en el RPMPD; en consecuencia, se condene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, lo recaudado por gastos de administración y sumas adicionales de aseguradora. A Colpensiones a reactivar su afiliación, a actualizar e incluir en la historia laboral todos y cada uno de los conceptos que le sean trasladados; lo extra y ultra petita, más el pago de las costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, por concepto de 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 SKANDIA S.A. no logró acreditar el

² «Muchas gracias señora juez de manera respetuosa en atención a las instrucciones impartidas por la entidad que represento, interpongo recurso de apelación a la sentencia proferida en la parte correspondiente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que el honorable Tribunal Superior Sala laboral modifique dicha decisión, en el sentido que frente a la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado como es este el caso, cuando esta tiene lugar conforme la jurisprudencia que fue base de la sentencia de primera instancia de la honorable juez, esta debe incluir los valores correspondientes a los pagos de seguros previsionales y gastos de administración, en ese sentido honorables magistrados les solicito modificar dicha decisión y ordenar el reintegro total de las sumas, incluyendo los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración muchas gracias».

cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

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 05 de julio de 1960 (página 18, ibidem), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de junio del año 2021 (páginas 42 a 44, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 151.57 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: «008ContestacionSkandya20210806.pdf», página 65), 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **11 de octubre de 1999 con fecha de efectividad 01 de**

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

diciembre de 1999 (páginas 54 y 64, ibidem), por afiliación que hiciera a SKANDIA 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 CSJ SL12136, 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» (CSJ SL1688 de 2019).

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ 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 CSJ SL1948-2021 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

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

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 SKANDIA 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dlla 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 vinculan 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.

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 al 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.

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 el demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1999, lo contactó una asesora SKANDIA, la cual le indicó que se trasladara prontamente a esa AFP, porque el Seguro Social se iba a acabar, de modo que sus cotizaciones se iban a perder, además obtendría una mesada pensional más alta e iba a pensionarse más temprano, razón por la cual, confiando en ello suscribió el formulario de afiliación, además le indicaron que después le explicarían en detalle las consecuencias de la afiliación, pero nunca le informaron la manera en que podría pensionarse en ese régimen pensional, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio inicial de régimen.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP SKANDIA, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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 SKANDIA (página 64, ib.), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) 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

⁶ Audiencia del 30 de agosto de 2022, récord 14:48

obstante, esa administradora 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ 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 perjudicarle
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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada SKANDIA S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de octubre de 1999, efectivo el 01 de diciembre 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, SKANDIA deben devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos ordenados, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, 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 utilidades⁸, las comisiones, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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**».*

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como 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 (...).»*

De igual modo, 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 CSJ 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).

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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 5, «006ContestacionColpensiones20210805.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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 CSJ SL2611-2020, 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*

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de septiembre de 2021 («011InadmiteLlamamientoEnGarantia.pdf»).

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 del demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual «*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)»*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se revocará este aparte de la sentencia de primer grado en cuanto a que se condenará al pago de las mismas a cargo de las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA.

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 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los saldos y rendimientos allí ordenados, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las comisiones, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, conforme lo considerado.

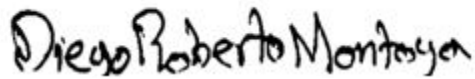
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal **CUARTO** del fallo de primer grado, para en su lugar, condenar a la AFP SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, al pago de las costas de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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.

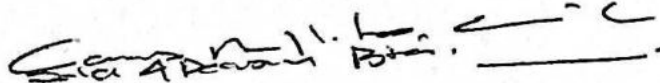
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL CONTRA SILEC COMUNICACIONES S.A.S. (RAD. 29 2019 00638 01).

Bogotá D.C. Treinta (30) de septiembre 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 ocasión de los recursos de apelación promovidos por las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de mayo de 2022 (Exp. Digital: «016GrabacionAudienciaJuzgamiento.pdf», récord 25:17), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL y la sociedad demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S, existió una relación laboral entre el 1 de febrero de 2018 al 22 de mayo de 2019, devengando como último salario la suma de \$2.742.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S a reconocer y pagar al demandante, por concepto prestaciones sociales, los siguientes valores:

- Cesantías \$3.595.067.
- Intereses de las cesantías \$327.679
- Prima de servicios \$3.595.067.
- Vacaciones \$1.797.533.
- Total, prestaciones sociales \$9:315.346

TERCERO: CONDENAR a la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S a reconocer y pagar al demandante LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL, la suma de \$65.808.000, por concepto de indemnización moratoria.

CUARTO: CONDENAR a la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S. a reconocer y pagar al demandante LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL, la suma de \$8.744.400 por concepto de sanción por no consignación a las cesantías.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a cargo de la parte demandada inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

*Igualmente, el despacho antes de notificar la **sentencia la complementara** como quiera que no se refirió a los aportes a la seguridad social en este proceso se observa que se aportó prueba de los pagos a aportes a la seguridad social, los cuales efectuaron sobre el SMLMV por lo anterior y como quiera que el pago se hizo por un valor menor al devengado por el demandante, **se CONDENARÁ** a lo siguiente a pagar los aportes en seguridad social en pensiones, desde el 1 de febrero de 2018 al 22 de mayo de 2019, sobre el excedente entre el salario devengado y el mínimo legal vigente y el salario devengado por el demandante. **SE ABSOLVERÁ** de los aportes a la salud, ARL, caja de compensación, (inaudible), prestación de servicios, (inaudible).*

Condenando a la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S. a pagar al demandante LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL los respectivos aportes a seguridad social en pensiones desde el 1° de febrero de 2018 al 22 de mayo de 2019, sobre el excedente entre el salario mínimo y el salario actual devengado por el demandante y tal como quedó establecido en este proceso».

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada SILEC COMUNICACIONES S.A.S. interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad respecto a la declaratoria del contrato de trabajo y las consecuentes condenas impuestas; aduce no se configuraron los elementos propios de la relación laboral, pues la parte actora tenía plena autonomía e independencia en la realización de las actividades propias del contrato acordado con la demandada, bajo la aquiescencia y bajo el principio de la buena fe contractual, precisando, fue en esa medida que al actor se le remuneró, conforme a los honorarios pactados.

Señaló, que la subordinación no se logró probar, porque es imperativo que las partes contratantes coordinen las actividades y que el contratista recibiera instrucciones. Precisando al respecto, que los testigos, «*ingeniero Felipe y el ingeniero Leonardo*», acordaron las actividades propias para realizar dentro de la empresa demandada, dado que el mismo *ingeniero Felipe muy amigo con el ingeniero Leonardo*, para realizar esas acciones dentro de la empresa.

Señaló en cuanto a los testimonios de los señores Melisa Correa y Julián Camilo Moreno, hubo parcialidad en favor del demandante, llegando acordarse entre ellos que probablemente había una relación de carácter laboral y, que su jefe director era el ingeniero Felipe, pero tal circunstancia no les consta verdaderamente, como no les consta los hechos de la demanda; al señor Julián Camilo Moreno, que efectivamente haya prestado el servicio donde se prestó el contrato de prestación de servicios por parte del demandante. De igual modo, indicó, la señora Melisa Andrea Chitiva se refirió a hechos propios, cuando realizó actividades dentro de la empresa como contratista independiente. En ese orden, explicó, al haber incoherencias, el testimonio estaba parcializado, el cual además no había sido natural ni espontáneo, en razón a que los mencionados testigos también están

atentos al resultado del presente proceso, para así incoar una litis con la empresa demandada.

En ese orden, sostuvo que al no existir contrato de trabajo, no hay lugar al pago de las prestaciones sociales objeto de condena, indicando, si bien el artículo 24 del CST establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regido por un contrato de trabajo, también es cierto que esta admite prueba en contrario, y que para el caso que nos concierne, la demandada desvirtuó dicha presunción, ya que, *«como quedó probado en el juicio no existió una subordinación, ni un salario como contraprestación del servicio»*, señalando de este modo, que la parte demandante tenía la carga de demostrar a través de los medios de prueba la existencia del contrato de trabajo, que para efectos de este juicio no fueron probados sus elementos por la parte demandante; agregando, el actor nunca estuvo sometido a una acción disciplinaria, nunca tuvo un llamado de atención por objeto del contrato que él mismo voluntariamente surtió con la demandada.

En ese orden, añadió, no hay lugar a las indemnizaciones por falta de pago de las prestaciones sociales y no consignación de las cesantías, toda vez que para que estas procedan es necesario haya mora y que la mora se derive de la mala fe por parte del empleador, lo cual, no existió por parte de SILEC COMUNICACIONES, toda vez que desde un comienzo se suscribió un contrato de prestación de servicios para realizar actividades como independiente en su soporte técnico en sistemas, el que podría ejercer desde cualquier parte, acordó con la empresa que podía hacerlo desde las instalaciones de la empresa, en cualquier momento, conforme a lo cual, nunca actuó de mala fe con el ingeniero demandante.

También adujo que difería del monto la condena en costas del proceso, pues se deben fijar de acuerdo a los pronunciamientos y a los acuerdos del Consejo superior de la Judicatura, considerando que está elevada la condena en costas¹ (récord: 28:37, ibidem).

¹ *«Gracias señora juez, reiteró sea la oportunidad procesal para interponer mi recurso de apelación, actuando como apoderado judicial de la parte demandada y con el mayor respeto de la decisión judicial, de forma atenta me permito discrepar de la providencia que concluye la primera instancia, y en ese sentido interpongo recurso de apelación en todo lo desfavorable a mi representada, a fin que la honorable sala laboral del Tribunal superior de distrito de Bogotá emita decisión mediante la cual se revoque decisión de (inaudible) y se acceda a las replicas que se ventilan en esta sede judicial.*

Por consiguiente, este apoderado considera su señoría que no se configuraron los elementos propios de la relación laboral, pues lo que concierne la relación laboral del servicio en todo contrato es necesario que el contratado adelante personalmente la labor relacionada con el objeto del contrato, de tal suerte la parte actora tenía plena autonomía e independencia de la realización de las actividades propias del contrato que así acordó desde el inicio con la empresa demandada, la empresa SILEC COMUNICACIONES, bajo la aquiescencia y bajo el principio de la buena fe contractual su señoría.

En cuanto a la remuneración el sueldo o salario es propio de una relación laboral, y en caso que nos ocupa el demandante se le pagaron mediante el contrato de prestación de servicio, se pactaron de mutuo acuerdo los honorarios con el demandante.

La subordinación la misma no se logró probar, porque es imperativo que las partes contratantes coordinen las actividades y que el contratista recibiera instrucciones y aquí hago referencia su señoría para los honorables magistrados que el ingeniero Felipe y el ingeniero

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 LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 17 a 19 del archivo « 001Expediente.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 16 y 17, aspirando de manera principal a que se declare que, entre él y SILEC COMUNICACIONES S.A.S., existió una relación laboral a término indefinido la cual estuvo vigente entre el 01 de febrero de 2018 y el 22 de mayo del 2019, con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas; en consecuencia se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por la no consignación de las cesantías en el fondo, indemnización por no pago de los intereses de las cesantías,

Leonardo, ellos mismos acordaron las actividades propias para realizar dentro de la empresa demandada SILEC COMUNICACIONES, dado que el mismo ingeniero Felipe muy amigo con el ingeniero Leonardo, para realizar esas acciones dentro de la empresa demandada. Ahora bien su señoría quiero hacer referencia, señores magistrados en cuenta a las pruebas testimoniales aportadas y rendidas por la parte demandante, en cuanto a la señora Melisa Correa y Julián Camilo Moreno, toda vez que cuando estaban absolviendo la prueba testimonial se nota que hay una total parcialidad ante el demandante, hacia el ingeniero LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL, dado que puede decirse que hay una confabulación entre ellos para llegar acordar que si efectivamente, que probablemente había una relación de carácter laboral y que su jefe directora era el ingeniero Felipe, no es así su señoría, señores magistrados, dado que no les consta verdaderamente los hechos de la demanda, no le consta al señor Julián Camilo Moreno, que efectivamente prestó el servicio donde el presto el contrato de prestación de servicios el ingeniero LEONARDO, así mismo la señora Melisa Andrea Chitiva se refirieron a hechos propios, cuando realizado actividades dentro de la empresa como contratista independiente su señoría. Dado que hay una serie de incoherencias, está totalmente parcializado, no es natural, el testimonio no es natural, no es espontaneo, totalmente parcializado hacia las results de los procesos, toda vez que ellos también están atentos a ver como sale las results del proceso para incoar una litis con la empresa demandada.

Conforme a la condena a la empresa demandada en las prestaciones sociales, no comparto con ellas, dado que nunca existió un contrato, nunca existió en la realidad su señoría, dado que es claro que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regido por un contrato de trabajo, también es cierto que esta admite prueba en contrario, y que para el caso que nos concierne hemos desvirtuado dicha presunción, ya que como quedó probado en el juicio no existió una subordinación, ni un salario como contraprestación del servicio, es menester que el artículo 177 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que incube a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídica que ellas persiguen, es decir, que la parte demandante tenía la carga de demostrar a través de los medios de prueba que hubiese considerado la veracidad de sus manifestaciones con la finalidad de que pudiese declarar la existencia del derecho que invocan, es decir, la existencia del contrato de trabajo, que para efectos de este juicio no fueron probados sus elementos por la parte demandante. Su señoría dado que esto que los testigos como dije, reitero, no fueron claros, no fueron espontaneo, su testimonio no fue natural, se refirieron simplemente a hechos propios que no les consta quien era, que había una persona que daba ordenes directamente a esta empresa, nunca estuvo sometido a una acción disciplinaria, nunca tuvo un llamado de atención por objeto del contrato que el mismo voluntariamente lo surtió con la empresa demandada.

Ahora bien, no hay lugar a las indemnizaciones por falta de pago de las prestaciones sociales, toda vez que para que estas procedan es necesario que y acorde con los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral haya mora y que la mora se derive de la mala fe por parte del empleador, aquí no hay mala fe por parte de la empresa SILEC COMUNICACIONES, toda vez que desde un comienzo su señoría, se suscribió con el señor LEONARDO PIMENTEL ingeniero un contrato de prestación de servicios para realizar actividades como independiente en su soporte técnico en sistemas, el mismo podría hacerlo desde cualquier actividad, desde cualquier parte lo podía realizar, acordó con la empresa que podía hacerlo desde las instalaciones de la empresa, acordó con la empresa que lo podía realizar en cualquier momento, lo podía ejecutar el contrato de prestación de servicios, conforme a eso la empresa nunca actuó de mala fe con el ingeniero LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL.

Conforme a eso su señoría, difiero en la condena de las prestaciones sociales \$9.315.346 con relación a las prestaciones sociales, dado que no existió contrato laboral con el señor LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL, y nunca reiteró, nunca la empresa demandada se refirió o actuó de mala fe para evadir una supuesta relación laboral. Conforme LEONARDO JULIO SEÑA PIMENTEL también al artículo 65 por \$65.808.000 a la indemnización al no pago de las prestaciones sociales, toda vez que estas no existieron, nunca se acordó con el ingeniero la parte demandante. También difiero en la por no consignación de las cesantías por \$8.744.400, y las costas del proceso su señoría que deben ser reiteradas conforme se deben fijar a los pronunciamientos y a los acuerdos del Consejo superior de la Judicatura, se considera que están elevados la condena en costas.

Con todo lo expuesto su señoría y lo que estoy manifestando a los honorables magistrados dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias señor juez».

indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., costas del proceso incluyendo agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con la demandada, entre el 01 de febrero de 2018 y el 22 de mayo de 2019 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 del art. 65 del CST, la sanción por no consignación de las cesantías y la diferencia por aportes a la seguridad social en pensiones; absolviéndola del pago de aportes a salud y riesgos laborales. 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.

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 la apelación presentada, esto es, si entre el demandante y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. 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 SILEC COMUNICACIONES 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 servicio².

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, para analizar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y SILEC COMUNICACIONES S.A.S., la Sala pasa a examinar los elementos materiales de prueba aportados al expediente a fin de verificar inicialmente si se acreditó o no la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de dicha sociedad.

Al expediente, se arrimó contrato de prestación de servicios y otro sí al mismo, suscrito por el actor y SILEC COMUNICACIONES S.A.S. (págs. 9 a 14, ibidem), el cual, da 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 inicialmente, que en el objeto de dicho contrato se plasmó:

PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA, de manera independiente, sin subordinación o dependencia, utilizando sus propios medios, elementos de trabajo, personal a su cargo y demás actividades propias del servicio contratado consistente en: - Brindar Soporte al usuario final lo cual incluye entre otros (levantamiento de inventarios “Tecnológicos y Físicos), mantenimientos de parque tecnológico, creación, seguimiento y cierre de incidencias sobre la aplicación GLPI, levantamiento de la información sobre redes LAN, implementación de cableados y VPN’s, administración y optimización de las “BD” bases de datos, diseño páginas web, implementación estructuras VoIP, desarrollo de Software según la necesidad solicitada, implementación y aseguramiento de servidores.

² **Artículo 23 del CST:** 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran 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.

Sumado a lo anterior, al plenario fue llamada a declarar la señora MELISSA ANDREA CHIVITA, quien afirmó conocer al demandante por haber trabajado para SILEC COMUNICACIONES S.A.S., entre el mes de noviembre de 2018 y agosto de 2019 mediante contrato de prestación de servicios para el área de marketing digital, creación de página web; indicó que el demandante era la persona que estaba en el área de tecnología, prestando todo tipo de soportes, como apoyo en la página web de la entidad, que estuviera bien conectado el servidor o el teléfono; así como soporte, mantenimiento, instalación de todos los equipos del área de outsourcing, donde estaban los trabajadores de la empresa, las personas del área administrativa, el actor siempre estaba pendiente que los equipos funcionaran bien, el tema de las llamadas con las personas que trabajan en el área de Call Center, básicamente todo el área de tecnología de la empresa; que ambos cumplía un horario de lunes a viernes de 8:00 a 6:00 y los sábados medio día. Que, en alguna ocasión, llegó 5 minutos tarde y ya no lo dejaron ingresar, al igual que a ella, de lo cual se dio cuenta porque ese día no estaba laborando. Explicó como estaba distribuida el área de la empresa donde estaba ubicada la oficina donde prestaba el servicio el actor, precisando, ella estaba en otro piso. Señaló que el jefe inmediato era el señor Felipe Ospina, quien era el líder del área; que el soporte siempre era presencial, no remoto. No recuerda ni le consta que al actor le hayan hecho llamados de atención o iniciado acción disciplinaria.

De igual modo, el señor JULIÁN CAMILO MORENO FERNÁNDEZ, testificó señalando haber conocido al actor por haber trabajado juntos prestando sus servicios a SILEC COMUNICACIONES S.A.S. de mayo de 2018 a febrero de 2019, también mediante contrato de prestación de servicios; relató que el hoy demandante, era el encargado del área de sistemas, era la persona pues que arreglaba los computadores, lo cual era diario. Le consta porque siempre se encontraban a la hora del almuerzo; indicó, el actor ingresaba a las 7 de la mañana, porque siempre llegaba antes que él; que el actor estaba bajo la dirección del Ingeniero Felipe Ospina, responsable del área, lo cual le consta porque siempre que necesitaba algo puntual, se dirigía al área y era dicho ingeniero quien daba las aprobaciones, para por ejemplo realizar configuraciones.

La prueba testimonial goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión dado que los testigos fueron espontáneos, los mismos dan fe por su conocimiento directo, de las circunstancias en que se desarrolló la relación contractual que ató a las partes, dando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes, aunado a que les consta de manera directa los hechos

narrados por haber prestado sus servicios para la demandada en la misma época, de modo que brindan importantes indicios que ratifican la prestación personal del servicio y, además, examinados en conjunto con los demás medios probatorios, incluido el testimonio del señor Iván Vela, traído a juicio por la demandada, se colige la prestación personal del servicio, 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, contrario a lo esgrimido en la alzada, no logró demostrar que el actor desarrolló sus funciones de manera autónoma e independiente, pues salvo el contrato de prestación de servicios y el testimonio del señor Iván Eduardo Vela Rincón no aportó elementos probatorios tendientes a desvirtuarla, dicho testimonio, vale la pena indicar, que una vez analizado no logra derruir aquella presunción, por el contrario confirma que el demandante en efecto prestó sus servicios para la demandada prestando soporte en el área de sistemas, pero no le consta directamente cómo se prestó el servicio, pues estaba en un área distinta, el área comercial, pero pudo confirmar que el demandante sí tenía una oficina y computador en el área de sistemas donde desarrollaba sus labores de soporte.

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 compilados 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)³».

³ 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:

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 soporte en el área de sistemas se realizaba en las oficinas de la demandada, con herramientas proporcionadas por la demandada, hubo continuidad en el desempeño de esa labor, de la cual era beneficiaria la empresa demandada, sumado al hecho de que por la labor desempeñada constituida importante pilar para el desarrollo del objeto social de la demandada que se relaciona entre otras, con actividades relativas a la transmisión de datos, tecnologías de la información e informática⁴, de modo que tal servicio prestado por el actor estaba integrado a la organización de la empresa; siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales.

De este modo, concluye la Sala, 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, 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.

Por lo expuesto, debe confirmarse la declaratoria del contrato laboral señalado en primera instancia, incluidos los extremos temporales y las condenas allí impartidas por concepto de prestaciones sociales, como quiera que la forma y montos en que se definieron, no fueron objeto de reparos en esta sede judicial, su no prosperidad dependía tal y como fue planteada la alzada, de la declaratoria o no, de la existencia del contrato de trabajo, de modo que no se efectúa ningún pronunciamiento al respecto.

(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.

⁴ Certificado de Existencia y Representación Legal, pág. 8 «004Contestacion de Silec Comunicaciones S.A.S».

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, así como la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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).

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».*

Conforme a lo anterior, en el sub examine, la demandada no aludió a circunstancia alguna que explicara la omisión en el pago de las prestaciones causadas a favor del demandante en vigencia de su contrato de trabajo, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas al actor, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, *contrario sensu*, insistentemente y en aras de vulnerar los derechos laborales del actor intentó solapar la relación laboral mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios y con ello, birlar sus derechos sociales.

En ese sentido, considera la Sala resultan procedentes las sanciones objeto de estudio, en los términos establecidos en primer grado, circunstancia no apelada en esta oportunidad.

Finalmente, respecto del valor de las costas procesales objeto de apelación por parte del extremo demandado baste con señalar el valor impuesto por la a quo NO puede 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 en tal sentido.

Dilucidados los puntos anteriores, se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente 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 de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS FREYMAN
QUINTERO GONZÁLEZ CONTRA INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S.
(RAD. 29 2018 00444 01).**

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre 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 curadora ad litem de la demandada INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S., contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2022 (Exp. Digital: «005AudienciaArticulo80.mp4», récord 27:11), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante CARLOS FREYMAN QUINTERO GONZALEZ y la sociedad demandada INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S, existió una relación laboral entre el 13 de noviembre de 2015 al 22 de febrero de 2017, devengando como último salario la suma de \$3.000.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S a reconocer y pagar al demandante, por concepto prestaciones sociales, los siguientes valores:

- Auxilio de cesantías \$3.833.333
- Intereses sobre las cesantías \$373.911
- Prima de servicios \$3.833.333
- Vacaciones \$1.916.667

TERCERO: CONDENAR a la demandada INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S. a reconocer y pagar al demandante CARLOS FREYMAN QUINTERO GONZALEZ, la suma de \$ 72.000.000 por concepto de indemnización moratoria.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la curadora ad litem de la demandada.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada inclúyase como agencias en derecho la suma de \$5.000.000».

Inconforme con la decisión, la curadora ad litem de la accionada la apeló, solicitando su revocatoria.

Con ese propósito indica, no se acreditaron todos los presupuesto necesarios para que se acreditará la existencia de un contrato a término definido entre las partes, dado que no se lograron acreditar los extremos temporales, ni se logró efectivamente acreditar que el demandante hubiese prestado el servicio personal a la aquí demandada, tampoco el cargo, ni el salario, esto es, ninguno de los requisitos exigidos para que configurarse la existencia de un contrato a término indefinido y las consecuentes condenas¹ (récord 28:35, 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 del demandante CARLOS FREYMAN QUINTERO GONZÁLEZ, las pretensiones relacionadas en la demanda a página 25 del archivo «01Demanda.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 24 y 25, ibidem, aspirando se declare que entre las partes existe un «contrato de trabajo a término indefinido suscrito desde el día Trece (13) de noviembre de 2015 hasta la fecha». En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor las cesantías, indemnización por despido unilateral sin justa causa, en razón que se «dio por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo sin justa causa el 22 de febrero de 2017»; la indemnización moratoria del art. 65 del CST, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por**

¹ «Muchas gracias señora juez, en esta oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial sala laboral para que la sentencia proferida sea revocada en su integridad, en virtud para esta profesional del derecho se considera de manera respetuosa que no se acreditaron todos los presupuesto necesarios para que se acreditará la existencia de un contrato a término definido entre el aquí demandante y mi representada, dado como lo esboce de manera amplia dentro de mis alegatos de conclusión no se logró acreditar el vínculo inicial, el extremo inicial, extremo final, no se logró efectivamente acreditar que el demandante hubiese prestado el servicio personal a la aquí demandada, no se logró acreditar el cargo, ni el salario, ninguno de los requisitos exigidos para que digamos para que se haya configurado la existencia de un contrato a término indefinido y las consecuentes condenas a las cuales fue valga la redundancia condenada mi representada. De esta manera dejo presentado mi recurso de apelación solicitándole al tribunal sea revocada la sentencia en su totalidad, y el demandante sea condenado en costas. Muchas gracias».

cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S. desde el 13 de noviembre de 2015 hasta el 22 de febrero de 2017; condenó a INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S. a reconocer y pagarle auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, más la indemnización moratoria. Lo anterior, tras encontrar conforme a las pruebas aportadas al proceso que no fueron tachadas en su momento, la existencia del vínculo laboral devengando como salario la suma de \$3.000.000; sin que se hubiere probado la forma en que terminó dicho contrato, por lo cual absolvió de la indemnización por despido sin justa causa; y precisó en torno a la sanción moratoria, que no hay manera de establecer si la accionada actuó o no con buena fe, dado que no se presentó al proceso y tampoco existe prueba alguna de que existió alguna causa razonable que permita concluir que el pago no fue por querer ocasionarle un perjuicio al trabajador, sino por una causa pues atendible.

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.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre CARLOS FREYMAN QUINTERO GONZÁLEZ como trabajador y la sociedad INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S., como empleador, existió contrato de trabajo entre el 13 de noviembre 2015 al 22 de febrero de 2017, tal como lo halló demostrado la Juez de primera instancia.

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 representada por curadora ad litem se opone al afirmar que no se probaron los elementos del

mismo. En esa medida, sea lo primero resaltar por parte de 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 juico desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia²).

Así, se advierte, en el caso de marras se aportó por parte del demandante liquidación de prestaciones sociales así³:

INVERSIONES NUEVA ESTRELLA NIT.900.763.788-3		LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES	
FECHA LIQUIDACION:		BOGOTA	FEBRERO 22 DE 2.017
NOMBRE DEL TRABAJADOR:		CARLOS FREYMAN QUINTERO GONZALEZ	
IDENTIFICACION		8.404.984 BELLO - ANTIOQUIA	
MOTIVO DE RETIRO:		TERMINACION CONTRATO	
FECHA DE INGRESO:	13/11/2015	FECHA DE RETIRO:	22/02/2017
TIEMPO LABORADO A LIQUIDAR:	460		
DIAS			
SALARIOS			
SALARIO BASICO		\$	3.000.000
TOTAL SALARIOS BASE DE LIQUIDACION		\$	3.000.000

Liquidación que se encuentra suscrita así:

RECIBI CONFORME	Vo. Bo.
FIRMA DEL TRABAJADOR	
C.C. No.	LA EMPRESA

² «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».

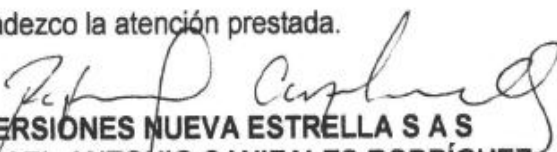
De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada.”

³ Pág. 8 «001ExpedienteFolio69.pdf».

Seguidamente se aportó comunicación de fecha 02 de abril de 2018 suscrita por el representante legal de la demandada INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S (Pág. 9, *ibidem*), donde se le informa al demandante lo siguiente:

1. Por medio del presente escrito nos permitimos remitir liquidación del contrato laboral suscrito entre las partes el día trece (13) de noviembre de 2015, por valor de QUINCE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MCTE (\$15.545.333).
2. La empresa **INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S A S**, a la fecha no ha realizado o efectuado el pago de la liquidación de su contrato laboral, porque no cuenta con los recursos económicos para asumir el pago de sus acreencias laborales, por esta circunstancia la empresa no cuenta con los soportes de liquidación por usted requeridos mediante derecho de petición de fecha veintidós (22) de noviembre de 2017.
3. La empresa **INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S A S**, realizara el pago de sus acreencias laborales o contrato laboral, una vez cuente con los recursos para ellos, por lo cual nos permitimos indicar que la persona encargada de programar pagos, es SORAYA VILLANUEVA MEDINA, celular No. 3134308543, por lo cual requerimos de su comunicación a fin de llegar a un acuerdo de pago que permita el cierre adecuado de sus acreencias laborales.

Agradezco la atención prestada.


INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S A S
RAFAEL ANTONIO CANIZALES RODRÍGUEZ
Representante Legal.

De igual modo, se aportó copia de contrato de trabajo a término indefinido suscrito aparentemente entre las partes (págs. 11 a 14, *ib.*), dado que no se encuentra firmado por el empleador, únicamente por el actor⁴. En el mismo se indica como fecha de inicio el 13 de noviembre de 2015.

Además de lo anterior, se aportó comunicación electrónica fechada 11 de abril de 2017 de la EPS COOMEVA, donde le comunica al demandante sobre estado de mora del empleador INVERSIONES NUEVA ESTRELLA S.A.S. desde el periodo 201703 (pág. 19, *ib.*), en los siguientes términos:

ASUNTO: Notificación de estado en mora de aportes al sistema de seguridad social.

Concordante:

En cumplimiento del Art. 76 Literal 76.2 del Decreto 2353 de 2015: ¿Informar al cotizante dependiente, por cualquier medio, que su empleador se encuentra en mora en el pago de los aportes? se informa lo siguiente:

Su empleador, INVERSIONES NUEVA ESTRELLA SAS, se encuentra en mora por el no pago de los aportes en el 201703.

Adicionalmente, conforme al Art. 71 del Decreto 2353 de 2015, El no pago por dos periodos consecutivos de las prestaciones a cargo del empleador, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS. Durante el periodo de suspensión, el empleador en mora deberá pagar el costo de los Servicios de Salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las cotizaciones acordadas y de los intereses de mora correspondientes. Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del sistema de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

Ante cualquier inquietud podrá comunicarse gratuitamente con las líneas 01 8000 97 40 40 y 01 8000 97 81 81 o al correo: partes@cobranzascentroriente@coomeva.com.co

De páginas 20 a 22 ibidem, se aportaron comprobantes de nómina con el membrete o logos de la sociedad demandada en favor del demandante correspondiente a los meses de diciembre de 2015, marzo y abril de 2016.

Analizados los anteriores medios de prueba, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, estima la Sala, se haya demostrada la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto, si bien el contrato de trabajo aportado no se encuentra suscrito por el representante de la demandada, de la contestación al derecho de petición que esta le remitió, de la liquidación final de prestaciones sociales, que sí se encuentra suscrita, como de la comunicación de la EPS Coomeva, así como los comprobantes de nómina, es claro que el promotor del juicio sí demostró haber prestado sus servicios en favor de la entidad accionada, por tanto, se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía a la demandada desvanecer la presunción en comento, ya sea oponiéndose o desvirtuando el contenido de los anteriores documentos o aportando elementos que demostraran lo contrario de lo allí contenido.

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, pues incluso, de esos documentos se evidencia, que la contratación fue laboral; empero, en todo caso, 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; 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 la apoderada de la demandada no están

llamados a prosperar, más aún cuando la demandada 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 -, 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, 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, pues así lo precisan los documentos, cuyo contenido no fue descocido ni desvirtuado o, no se observa que hayan sido objeto de tacha por la contraparte, cobrando fuerza probatoria a efectos de demostrar el contrato de trabajo perseguido, más aún cuando, contrario a lo que esgrime la recurrente, de ellos se desprenden los extremos del contrato, el salario devengado (\$3.000.000) y el cargo desempeñado (Coordinador Operativo de Campo), incluso, se precisa la modalidad a término indefinido, por tanto, debe confirmarse la declaratoria del contrato laboral señalado en primera instancia, incluidos los extremos temporales y las condenas allí impartidas como consecuencia de esa contratación, en tanto y en cuanto, no fueron objeto de reparos en esta sede judicial, de modo que no se efectúa ningún pronunciamiento al respecto.

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.

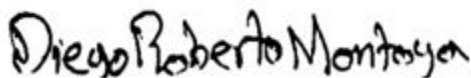
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

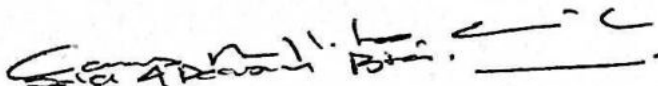
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

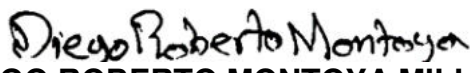
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ STELLA DUARTE
FORERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 27 2020 00263 01)**

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

AUTO

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


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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez

27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «20AudienciaArticulos77Y80.mp4», récord: 58:48), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ STELLA DUARTE FORERO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA DUARTE FORERO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, afiliarse nuevamente a la señora LUZ STELLA DUARTE FORERO en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora LUZ STELLA DUARTE FORERO bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, una vez la demandante acredite el retiro del Sistema General de Pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional e inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al pago de las costas del proceso en la suma de 2 millones de pesos como agencias en derecho».

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que no se dan los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, al no observarse que efectivamente haya existido algún vicio en el consentimiento o algún tipo de engaño, señalando, es muy fácil acudir a estos procesos y simplemente decir que el asesor comercial de la entidad codemandada simplemente le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y simplemente aludir que no recibió algún tipo de información adicional. Circunstancia no suficiente para la declaratoria de una ineficacia, máxime, cuando en el acto jurídico que llevó a cabo la demandante con Colfondos se dan todos los presupuestos legales para que ese acto jurídico tuviera plena

validez y, más aún cuando la demandante en el interrogatorio de parte arguyó que efectivamente firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación que dio paso al traslado de régimen pensional con Colfondos. Lo anterior, sumado a que, conforme a lo expresado por la Ley y la jurisprudencia, la demandante tampoco cumple con los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo.

Asimismo, señaló no estar de acuerdo con que deba reconocerse la pensión de vejez deprecado por la demandante en el escrito inicial, pues se está vulnerando el derecho a la defensa, dado que en la oportunidad en que fue solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez, la demandante no contaba con los requisitos para acceder a la misma, situación que denota la vulneración de su derecho a la defensa en el presente proceso¹ (récord: 44:12, 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 (Exp. Digital: «*DEMANDA.pdf*», páginas 2 a 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 10, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuado a la AFP COLFONDOS el 11 de mayo de 1994, que siempre ha permanecido en el RPMPD y, en un futuro

¹ «Muchas gracias, entonces teniendo en cuenta lo manifestado por la señora juez manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despachos solicitando muy respetuosamente se sirva conceder el recurso y en segundo solicitando también respetuosamente a los a honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se sirvan revocar la sentencia proferida teniendo en cuenta las siguientes consideraciones o argumentos:

En primer lugar pues tal como quedó por sentado en los alegatos de conclusión expuestos en la presente diligencia es claro que no se dan los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen llevado a cabo por la señora Luz Stella Duarte Forero en el sentido de que pues teniendo en cuenta el haz probatorio no se observa que efectivamente haya existido algún vicio en el consentimiento o algún tipo de engaño que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues es muy fácil acudir a estos procesos y simplemente decir que el asesor comercial de la entidad codemandada simplemente le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y simplemente aludir que no recibió algún tipo de información adicional. Esta situación pues no es suficiente para la declaratoria de una ineficacia, máxime, cuando se da en el acto jurídico que llevó a cabo la demandante con Colfondos todos los presupuestos legales para que ese acto jurídico tuviera plena validez y, más aún cuando la demandante en el interrogatorio de parte surtido el día de hoy, arguyó que efectivamente firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación que dio paso al traslado de régimen pensional con Colfondos. En ese sentido y trasladándonos a lo que manifiesta o lo que expresa la ley y la jurisprudencia, es claro que la demandante tampoco cumple con estos requisitos legales y jurisprudenciales para trasladarse en cualquier tiempo tal como lo pretenden.

Asimismo, el de la declaratoria de que mi representada deba reconocer la pensión de vejez deprecado por la demandante en el escrito inicial, debe señalarse que tal como se tradujo en los alegatos de conclusión, se está vulnerando el derecho a la defensa de mi representado pues en la oportunidad en que fue solicitado el reconocimiento de la pensión de vejez, la demandante no contaba con los requisitos para acceder a la misma, situación que obviamente denota la vulneración del derecho a la defensa de mi representada en el presente proceso y, pues con respecto al caso de la demandante en ese sentido pues dejó sustentado mi recurso apelación. Muchas gracias señora Juez».

COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez, además si la pensionara el RAIS con la garantía de la pensión mínima le generaría un detrimento patrimonial del \$1.000.0000.0000; en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes a pensión, rendimientos, bonos pensionales, títulos pensionales, omisiones, gastos de administración y demás emolumentos que se hayan descontado y demás valores existentes en la cuenta de Ahorro individual; a Colpensiones a registrar y activar la afiliación en el RPMPD actualizando su historia laboral; lo extra y ultra petita, más el pago de las costas y agencias en derecho. **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 COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA DUARTE FORERO como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado. De igual modo, encontró probado que la actora tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir la actora 1335 semanas de cotización y haber cumplido 57 años de edad el 23 de agosto de 2013, sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de agosto de 1963 (página 36, ibidem), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 07 de noviembre del año 2019 (páginas 84 a 89 y 102 a 104, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 283 semanas cotizadas al sistema, según da cuenta la historia laboral aportada por Colpensiones y actualizada al 14 de noviembre del 2019 (Páginas 116 a 121, «10ContestacionColpenasiones.pdf»), 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 **11 de mayo de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de 1994** (págs. 41 y 42, «01DemandaYAnexos.pdf»), 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.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 CSJ SL12136, 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*» (CSJ SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ 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 CSJ SL1948-2021 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

«I. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

³ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

⁴ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dila 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, radicales 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.

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:

“(…).

“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.

«(...) 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 al 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 demandante⁵, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en las instalaciones de su empleador, los reunieron unos diez o quince minutos y les informaron básicamente que el Seguro Social se iba a acabar en unos años y la única alternativa que tenían los que nos querían pensionarse, era trasladarse al fondo privado de Colfondos,

⁵ Audiencia del 18 de agosto de 2022, récord 14:13

que era una empresa grande, que solamente era llenar firmar un formulario con unos información básica, siendo la única opción que les presentaron para poder tener pensión; no le informaron sobre los rendimientos financieros, tampoco que esos ahorros eventualmente pasarían a sus beneficiarios, en caso de fallecimiento, por ello firmó voluntariamente el formulario de afiliación, 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 la AFP COLFONDOS, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (página 41, ibidem), 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 CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) 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 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.

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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ 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 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 perjudicarle
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 de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de mayo de 1994, efectivo el 1º de junio 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 CSJ 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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS 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 sobrevivencia⁶, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁷, 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado 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.**”*

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente indexado, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 CSJ 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 CSJ SL3207-2020, 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).*

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.

Por otro lado, 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (página 38, «10ContestacionColpenasiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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.

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 04 de mayo de 2022 («15DaPorContestadaFijaFecha.pdf»).

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹, disposición que exige para el caso de los mujeres haber

⁹ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

Precisando, respecto a la apelación propuesta por Colpensiones en este punto, si bien la actora no presentó petición de reconocimiento pensional previo a acudir a la jurisdicción, ello no tendría repercusiones en la decisión ahora objeto de estudio, por cuanto la falta de reclamación derivaría en una falta de competencia, la cual estaría saneada por cuanto en la contestación de la demanda de la administradora del régimen de prima media («10ContestacionColpenasiones.pdf») no se presentó la excepción correspondiente (art. 102 C.G.P) destacando igualmente, ha sido criterio de esta Sala de Decisión, compartiendo lo expuesto reiteradamente de vieja data por la jurisprudencia que, en el evento de no haberse agotado la reclamación administrativa al momento de dictar sentencia, la falta de competencia resulta saneada. Al respecto puede consultarse la sentencia de Casación Laboral proferida el 13 de octubre de 1999, Rad. 12.221, en la que la H. Corte advirtió que si el proceso cursa sin que se hubiere puesto de manifiesto en la oportunidad procesal pertinente la falta de agotamiento de la reclamación administrativa, el proceso debe fallarse de fondo, con lo cual se salvaguardan los *«principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial»* y también la CJ SL13128-2014 (Rad. No. 45819) del 24 de septiembre de 2014¹⁰.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

¹⁰ “(...) Como se observa, esta Corporación es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa, según las voces del numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Dado que en este caso la entidad demandada no propuso la excepción previa correspondiente, la eventual falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa en relación con los intereses de mora, quedó saneada. Además de lo anterior, de vieja data esta Corporación ha adoctrinado que aquellas reclamaciones que son accesorias o dependientes y que constituyen simples consecuencias previstos en la ley por el retardo en el pago de determinado derecho, como

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 36 del archivo «01DemandaYAnexos.pdf», copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 23 de agosto de 1963, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2020**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a páginas 52 a 72 del archivo ibidem, la HISTORIA LABORAL generada por la AFP COLFONDOS al 21 de noviembre de 2021 en las que se incluyen 283 semanas cotizadas a Colpensiones, 115.29 a *otras AFP* y 937.29 a dicha AFP para un total de **1335.57** semanas a noviembre de 2019, razón por la cual es claro que para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 07 de noviembre de 2020 tenía acreditadas las 1300 semanas exigidas por la Ley, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que «*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente*».

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por la actora, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación de la actora es activo, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional se causó el 23 de agosto de 2020 por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de la actora, **precisando**, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto la demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo

en este caso los intereses moratorios causados sobre las mesadas pensionales adeudadas, no requieren del agotamiento de la reclamación administrativa, como acertadamente lo consideró el ad quem.”

que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

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,

R E S U E L V E

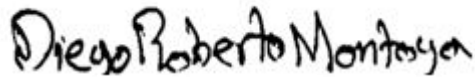
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente indexado, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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.

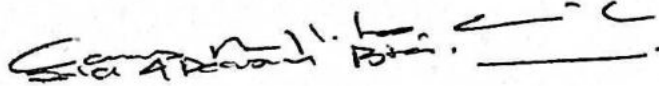
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA DEL
PILAR ZAPATA OLIVEROS CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 26 2020 00402 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de agosto del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital, record: 1:06:57*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *ineficaz el traslado efectuado por la demandante PATRICIA DEL PILAR ZAPATA OLIVEROS, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: CONDENAR *al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.*

TERCERO: CONDENAR *a los fondos de pensiones PORVENIR y COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de*

administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, COLFONDOS Y PROTECCIÓN a razón de 33.33% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000)”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 6 Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Ibídem, páginas 7 a 9), aspirando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a Protección S.A. el traslado a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad, a Colpensiones aceptar dicho traslado, costas procesales y agencias en derechos, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condenó a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, a PORVENIR y a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración, como también a que ésta última

acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales la semanas cotizadas por la demandante, y condenó en costas a Porvenir y Colfondos.

La *a quo* fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, señalando dentro de autos ello no se demostró.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

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 15 de septiembre de 1958 (páginas 23 Archivo 1 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 35 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **9 de abril de 1997** con

¹ 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”.

fecha de efectividad el **01 de junio de 1997**, por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 268,29 semanas, que corresponden a 5 años, 2 meses y 18 días (*Página 65, archivo 3 expediente digital*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **9 de abril de 1997 con fecha de efectividad 01 de junio de 1997** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Archivo 3 expediente digital página 67), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP PORVENIR, acreditar el consentimiento 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 tunc², 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

² Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier

forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

³ “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, radicales 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.

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁴ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que al momento de iniciar su trabajo el empleador le allegó el formulario y le dijo que lo firmará, sin tener conocimiento que ya no estaría en COLPENSIONES, por lo cual no tuvo asesoría respecto a las características del régimen, asegurando que quien intervino en la afiliación fue directamente su nuevo empleador y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera

⁴ Audiencia virtual realizada el 30 de agosto del 2022, record: 13:14, Archivo 13 expediente digital.

conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el

cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 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 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a la potencial afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (9 de abril de 1997, efectivo el 1 de junio de 1997) el deber de información para con la promotora del juicio, 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.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 67 Archivo 3 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de

la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

[...]

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

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

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

*Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”*

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN (Archivo 3 pagina 67 expediente digital) a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que

PROTECCIÓN además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁵ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁶, de la misma manera PORVENIR y COLFONDOS deben retornar a COLPENSIONES las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los términos atrás expuesto, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a 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

⁵ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁶ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

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).

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (Archivo 1 expediente digital, página 171) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término

⁷ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 20 de septiembre de 2021, Archivo 1 expediente digital.

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 del 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

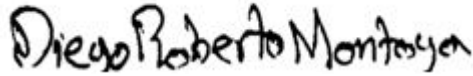
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS retornar a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la Juez *a quo*, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera **indexada** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

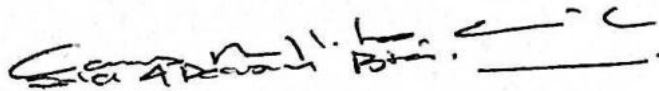
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

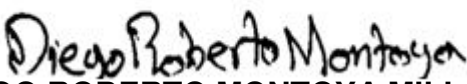
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA MARÍA
BARRETO TELLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 26 2020 00110 01)**

Bogotá D.C. Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS


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 surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de agosto del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 11 expediente digital, record: 1:06:57*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Gloria María Barreto Téllez al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Protección a transferir a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus 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 la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas para la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante 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 no fue correctamente informada de las consecuencias jurídicas del cambio de régimen pensional al ingresar al RAIS, en consecuencia se declare ineficaz y se ordene a Protección a trasladarla al régimen de prima media administrado por Colpensiones y a ésta entidad a recibirla, al pago de costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por la actora al RAIS; condenó a PROTECCIÓN S.A a transferir la totalidad de los aportes realizados por la accionante, 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 la 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 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de septiembre de 1962 (*Página 19, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 26 marzo del 2019 (*páginas 80 y 82 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 468 semanas de servicios prestados a la UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, que corresponden a 9 años, 1 mes y 6 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.

¹ 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”.

En este orden de ideas, 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 **22 de septiembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1998** (*Páginas 19 y 20, archivo 4 expediente digital*) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCION, 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 tunc², 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

² Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o

jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

³ “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”.

“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 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 accionante⁴ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que hubo una reunión general en las instalaciones de la Universidad donde trabajaba por parte de DAVIVIR en donde le indicaron que como CAJANAL iba a dejar de existir en dicha AFP tendría una pensión segura y con una edad menor. La actora indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, ni tampoco lo que significa un bono pensional, mucho menos los requisitos para pensionarse.

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 DAVIVIR hoy PROTECCION haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Tampoco deviene acreditado con lo dicho ante estrados por las testigos LIGIA CONSUELO SANCHEZ LEAL⁵ y MARIA NIDIA MORA RODRIGUEZ⁶, en tanto reiteraron lo dicho por la actora porque estuvieron en la misma reunión efectuada por los asesores de DAVIVIR, aunado a que adujeron no haber estado presente en el momento en que la actora firmó el formulario de afiliación.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (*Página 19 Archivo 4 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

⁴ Audiencia 11 de agosto de 2022, récord 8:02

⁵ Audiencia 11 de agosto de 2022, récord 20:48

⁶ Audiencia 11 de agosto de 2022, récord 32:31

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 DAVIVIR hoy PROTECCION 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 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 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad a partir del **1º de noviembre de 1998)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En cuanto al hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación (*página 19 Archivo 4 expediente digital*) baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de

Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), vinculada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4⁷ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo COLPENSIONES la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3⁸ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

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

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

⁷ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

⁸ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

Debe precisarse en este punto, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN deberá retornar además de lo anterior, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹⁰, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

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

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:

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva

retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹¹ (Página 329, archivo 2 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 en virtud del 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,

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de marzo del 2022, archivo 2 expediente digital página 418.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 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 MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALI IDINAEEL QUIROGA CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y como vinculada PROTECCION S.A. (RAD. 26 2019 00105 01)

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de 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, 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 1° de agosto de 2022 (Archivo 6 expediente digital, record: 34:24), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado efectuado por el demandante ALI IDINAEEL QUIROGA CORTES, 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.

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo pensional.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN a cargo de un 50% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.”

Inconforme con la decisión el apoderado de PORVENIR la apeló y solicitó se revoque la decisión de primer grado y se absuelva a su representada de todas las pretensiones señalando, el traslado que efectuó el demandante en el año 99 cumplió con la totalidad de requisitos establecidos por las normas que se encontraban vigentes para ese momento, precisando solo fue hasta el año 2010 que nació la vía jurídica esta obligación de las administradoras y el señor demandante se afilió con Porvenir y realizó el traslado entre administradoras en el año 1999, por lo que su representada cumplió en su momento con lo que estaba establecido en el Decreto 656 de 1994 referente a la custodia del formulario de afiliación, por este motivo considera cumplió con las normas que estaban vigentes y por lo tanto no sería posible la ineficacia del traslado.

Por otro lado, aduce existieron traslados horizontales y conforme a la sentencia SL 3752 de 2020 estos actos de traslado constituyen actos de relacionamiento que evidencian la voluntad de permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual y en este sentido se evidencia que no fue su deseo trasladarse en su momento cuando estaba en la posibilidad de hacerlo.

Respecto de la condena por gastos de administración manifiesta los mismos fueron descontados en cumplimiento de un deber legal el cual está establecido

en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 el cual obliga a las administradoras a realizar esos descuentos para destinarlos efectivamente a la administración de los recursos del demandante, los cuales produjeron rendimientos financieros y lo cual evidencia la buena gestión que realizó Porvenir para que produjeran estos rendimientos y en este sentido la condena a la devolución de los gastos es desproporcionada. (*Archivo 6 expediente digital, record: 35:31¹*)

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

¹ Gracias señora juez, estando en la oportunidad procesal te permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que fue proferida en primera instancia con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar me permito señalar que el traslado que efectuó el señor demandante en el año 99 cumplió con la totalidad de requisitos establecidos por las normas que se encontraban vigentes para ese momento, por lo que no se le puede endilgar a mi representada después de 20 años pues algún tipo de responsabilidad puesto que las normas que fueron expedidas donde se exige la doble asesoría y la documentación de la información que se le brindaba a los potenciales afiliados fue expedida con posterioridad a la afiliación del demandante, es así que solo fue con la expedición del Decreto 2555 del 2010, el Decreto 2071 del 2015 y la Ley 1748 del 2014 que ya nació a la vida jurídica la obligación de estas de las administradoras de fondos de pensiones de custodiar esta información que acabo de señalar con anterioridad, sobre este punto el ente gubernamental que vigila las administradoras de fondos de pensiones es decir la Superintendencia Financiera ha sido enfático en señalar que esta obligación nació a partir de la expedición del Decreto 2241 del 2010 como lo señaló en el concepto con radicación 2017 056 66 80 01 del 12 de junio del 2017 en el cual dispuso “la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara cierta comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrada a partir del primero de julio del 2010 fecha de entrada en vigencia del Decreto 2241 2010”, igualmente esta posición fue reiterada en el concepto de la Superintendencia Financiera con radicación 2015 123 910 del 29 de diciembre de 2015, tenemos entonces que solo fue hasta el año 2010 que nació la vía jurídica esta obligación de las administradoras y el señor demandante se afilió con Porvenir y realizó el traslado entre administradoras en el año 99, es decir que fueron 11 años después que salieron y se despidieron estas normas por lo que mi representada cumplió en su momento con lo que estaba establecido en el decreto 656 del 94 referente a la custodia del formulario de afiliación, por este motivo consideramos que mi representada cumplió con las normas que estaban vigentes y por lo tanto no sería posible la ineficacia del traslado.

Igualmente en el presente caso existieron traslados horizontales y conforme a lo que la sentencia señalada en los alegatos la SL 3752 de 2020 estos actos de traslado constituyen actos de relacionamiento que evidencian la voluntad de permanencia del demandante o de pues del afiliado en el régimen de ahorro individual y en este sentido pues se evidencia que no fue su deseo trasladarse en su momento cuando estaba en la posibilidad de hacerlo al régimen de prima media y actualmente pues se encuentra en la prohibición legal del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

De igual manera consideramos que la condena en el numeral segundo de la parte resolutoria a mi representada a la devolución de la totalidad de los aportes realizados por el demandante incluidos los gastos de administración, debemos señalar que estos gastos de administración fueron descontados en cumplimiento de un deber legal el cual está establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 la cual el artículo obliga a las administradoras a realizar esos descuentos de estos aportes para destinarlos efectivamente pues a la administración de los recursos del demandante, los cuales produjeron rendimientos financieros y lo cual pues evidencia la buena gestión que realizó Porvenir para que produjeran estos rendimientos y En este sentido pues la condena a estos gastos de administración supone pues que mi representada hubiera obrado de mala fe pero pues lo realizó estos gastos fue en cumplimiento de este deber en la norma que acabo de señalar por lo que consideramos que esta condena pues a la devolución de los gastos es desproporcionada.

Finalmente solicitamos respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sea revocada la sentencia y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas muchas gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (página 63 expediente digital archivo 1), aspirando se declare la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD-, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS-, en consecuencia se ordene a la sociedad PORVENIR S.A., que realice la devolución a COLPENSIONES de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus rendimientos e intereses, igualmente se ordene a Colpensiones a continuar la afiliación en el RPM; a la indexación de las sumas de dinero que le corresponde, declaraciones y condenas ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, ordenando en consecuencia a PORVENIR S.A., como actual administradora a la que se encuentra afiliada el actor, a devolver a 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, igualmente ordeno a PROTECCIÓN a transferir los dineros descontados por gastos de administración y, a COLPENSIONES a recibir dichos recursos, reactivar la afiliación del demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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 2002².

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 noviembre de 1957 (*página 16, archivo 1 expediente digital*) por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante las accionadas PORVENIR y COLPENSIONES, los días 26 y 27 de noviembre de 2018 respectivamente (*páginas 17 a 19 y 22 a 25, 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 528,43 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden 10 años, 3 meses y 9 días (*Historia laboral válida para bono pensional página 195 Archivo 1 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 **6 de agosto de 1999**, con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 1999** (*páginas 155 y 159, archivo 1 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.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 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 tunc³, 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador

expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

⁴ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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 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

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».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1999, llegó a su lugar de trabajo un asesor de PORVENIR quien le indicó el ISS iba a cerrar y por ende debía trasladarse a un fondo de pensiones; pero no se le informó de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (página 159 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 esa demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora, PORVENIR S.A., no logró demostrar, como era su deber, que suministró 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 momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue

⁵ Audiencia del 1º de agosto del 2022, récord 8:20

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 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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (6 de agosto de 1999, efectivo el 01 de octubre 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.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 155 Archivo 1 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 en la alzada, 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 resultan relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (páginas 35 y 177 Archivo 1 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados

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

con cargo a sus propias utilidades⁷, de la misma manera PROTECCIÓN debe retornar a COLPENSIONES las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los términos atrás expuestos, 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.

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:

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

“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)*

Ahora, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración objeto de apelación, 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 (...).»*

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (página 86, *Archivo 1 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

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 30 de septiembre del 2019 (página 95 *Archivo 1 expediente digital*).

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 CSJ SL2611-2020, 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, (...))» (Negritas 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

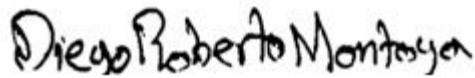
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO y TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la Juez *a quo*, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

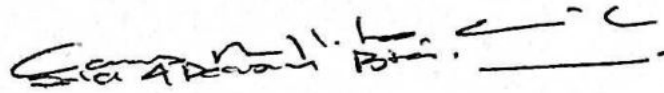
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLGA LUCÍA SUÁREZ SANABRIA CONTRA COLFONDOS S.A., acumulado con el 36 2016 00482 de SUSBIELA HURTADO BURBANO¹ contra COLFONDOS S.A., y como vinculados MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.² y SANDRA MILET ÁLZATE HURTADO³ (RAD. 26 2016 00655 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio del 2022 (Audio Archivo 13 expediente digital, record: 52:49), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO identificada con cédula de ciudadanía 25.244.035 tiene derecho al 73.06%, sobre el 50% de la pensión causada por el fallecimiento del señor JOSÉ IGSINOBER ÁLZATE ESCOBAR en calidad de cónyuge supérstite entre el 29 de mayo de 2012 al 22 de marzo de 2017 y a partir del 23 de marzo de 2017 tiene derecho al 73.06% sobre el valor total de la mesada pensional del causante.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA identificada con cédula de ciudadanía 25.244.035 (sic) tiene derecho al 24,53%,*

¹ Por auto del 8 de mayo del 2018 se dispuso la acumulación (página 246 Archivo 1 expediente digital).

² Por auto del 17 de julio del 2017 se admitió el llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. solicitado por COLFONDOS S.A. (página 231 y 232 Archivo 1 expediente digital).

³ En auto proferido en audiencia del 28 de octubre del 2020 ordeno la vinculación de la hija de causante (Archivos 3 y 4 expediente digital).

sobre el 50% de la pensión causada por el fallecimiento del señor JOSÉ IGSINOBER ÁLZATE ESCOBAR en calidad de compañera permanente entre el 29 de mayo de 2012 al 22 de marzo de 2017 y a partir del 23 de marzo de 2017 un 24,53% sobre el valor total de la mesada pensional.

TERCERO: DECLARAR que los porcentajes de las señoras SUSBIELA HURTADO BURBANO y OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA deberán acrecentarse desde la fecha de la suspensión del reconocimiento pensional de la señora SANDRA MILET ÁLZATE HURTADO en calidad de hija del causante, una vez cumplida la edad máxima de reconocimiento, esto es, a partir del día 23 de marzo del año 2017.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO, en el porcentaje anteriormente citado a partir del 29 de mayo de 2012, incluidas las mesadas pensionales causadas y los reajustes de ley ordenándose el pago del retroactivo pensional a que haya lugar.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA, desde el momento que le fue suspendido el reconocimiento pensional, incluidas las mesadas causadas y los reajustes de ley.

SEXTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS a establecer las diferencias matemáticas del retroactivo y las mesadas pensionales reconocidas a la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA correspondientes a favor de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO, en los porcentajes descritos en los numerales 1 y 2 de la presente sentencia.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS a descontar los valores pagados demás a la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA correspondiente al reconocimiento porcentual de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO.

OCTAVO: ORDENAR la llamada en garantía Mapfre seguros de vida a subrogar al valor adicional a que haya lugar respecto al reconocimiento y pago de la mesada pensional aquí ordenada.

NOVENO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

DECIMO: SIN COSTAS en esta instancia”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, asegurando se debe tener en cuenta que si bien la señora SUSBIELA afirma que contrajo matrimonio con el causante y hubo convivencia en ningún momento se probó que efectivamente la convivencia haya estado por más de 5 años como lo exige la sentencia SU 149 de 2021, indica el registro de matrimonio efectivamente es un indicio de un hecho sobreviniente pero no da certeza que se haya dado convivencia, reitera no hay prueba contundente donde efectivamente se dé certeza de la convivencia.

Por otro lado, manifiesta no encontrarse de acuerdo frente al porcentaje aplicado a las beneficiarias y más cuando no se probó efectivamente la convivencia real y material bajo el mismo lecho y techo de la cónyuge, expresando no se puede ordenar pagar a su representada un retroactivo cuando fue COLFONDOS quien por su actuar negligente no suspendió el trámite de la pensión sabiendo que había un conflicto de beneficiarias, precisando la señora OLGA SUAREZ está recibiendo el 50% y si se le va a descontar del valor que está recibiendo se atenta contra el mínimo vital, por lo que solicita se revoque el porcentaje que el despacho de primera instancia otorga a la señora Susbiela Hurtado reiterando no hay prueba alguna de que sí hubo la convivencia en un mínimo 5 años.

También solicita se revoque la parte porcentual pues no hubo un análisis jurídico en cuanto al porcentaje dado, para cada una de las partes, así como también se revoque el descuento que tenga que hacerse de la mesada porcentual pensional de su poderdante. (Audio Archivo 13 expediente digital, record: 58:04)⁴

⁴ “Muchas gracias su señoría de igual forma no estando de acuerdo con la decisión del honorable despacho efectivamente procedo a sustentar el recurso de alzada que se concede por el honorable despacho.

Teniendo en cuenta si bien es cierto y de acuerdo al acervo probatorio, no estamos de acuerdo toda vez que de acuerdo a los testimonios que son la parte esencial de este proceso en cuanto lo que se quiere probar hay que tener en cuenta que efectivamente en la manifestación de la señora Susbiela pues efectivamente ella dice que tiene una convivencia claro pero en que convivió y que se casó con el señor al Álzate pues naturalmente en este orden de ideas pues no hay duda alguna porque hay un registro de nacimiento el cual acredita, pero en ningún momento se probó que efectivamente la convivencia haya estado por más de 5 años de acuerdo como lo está exigiendo la última sentencia donde efectivamente la SU 149 de 2021 donde se manifiesta que debe que probarse por las partes efectivamente estos 5 años, no como anteriormente se hacía que únicamente recaía esta carga de la prueba sobre la compañera permanente quién debería que probar aquí. El registro de matrimonio efectivamente es un indicio de un hecho sobreveniente pero más no nos da certeza que se haya que de esta convivencia hubo hijos pues naturalmente que sí claro ahí están los registros de nacimiento y efectivamente uno de esos hijos hizo reclamación de un porcentaje de pensión así como efectivamente lo manifiesta en la ley 1797 del 2013 en su artículo 45 obviamente el cual éste modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993, pero si bien es cierto si bien es cierto no hay prueba contundente donde efectivamente nos da la certeza de convivencia, además hay que tener en cuenta que aunque no haya habido una liquidación de sociedad conyugal, la sola muerte de uno de los contrayentes queda efectivamente disuelta más no liquidada la sociedad conyugal efectivamente esto hace que se ve indicios naturalmente donde no pueda tenerse en cuenta para la pensión de sobrevivencia de aquí la cónyuge en el evento de que no se cumple en su totalidad con lo manifestado en la sentencia, además el porcentaje hay que tener en cuenta que el despacho fallador no sustenta a grosso modo en cuanto se caracteriza se aplica este porcentaje teniendo en cuenta que no estamos hablando de un 50% para las dos partes efecto del correspondiente de litigio y efecto de esta solicitud de sustitución pensional por causa de muerte, efectivamente no se manifestó el despacho en qué se basó para determinar los porcentajes si bien cierto es una suma matemática en el evento que se tenga en cuenta el porcentaje tiene que estar pasado por tiempo de convivencia y efectivamente por el tiempo de convivencia de las partes que si bien cierto se requiere efectivamente que en caso de mi representada como requisito más no como como término máximo sino como requisito los 5 años de convivencia efectivamente aquí hay una prueba de un despacho judicial el juzgado de familia, juzgado cuarto donde efectivamente dice de qué declárese la Unión marital desde el año 2003 hasta la fecha de deceso, efectivamente ahí estamos con un término de más de 10 años aproximadamente en sentido general en cuestión de términos pues hay una hay un matrimonio sí desde 1974, claro la sociedad conyugal seguía vigente hasta el día de fallecimiento pues naturalmente que nunca se hizo un trámite por parte de la parte pasiva de esta opción, pues efectivamente la sumatoria de días al contrario sensu como lo manifiesta el apoderado de la parte demandada pues efectivamente ya estamos hablando de 3354 días a un aproximado que lo manifestó pero es que son esos términos ante todo ese término no se ha probado que efectivamente existió la convivencia porque únicamente

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 OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 1 expediente digital, páginas 5 y 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 54 a 57 del mismo archivo, solicitando se le reconozca la pensión en un 100%, se suspenda de manera definitiva el

¿que se requiere? 5 años estamos hablando de 1600 días un aproximado claro que sí, pero no se probó si efectivamente tuvo esa convivencia real y material bajo el mismo lecho techo como requisito que se puede llegar a aplicar en la declaración de Unión marital de hecho, que efectivamente reiteró la corte si se pronuncia en cuanto a esta modificación donde da una equidad en los beneficiarios sea cónyuge o sea compañera permanente que requiere de exigir esta pensión de sustitución.

Además hay que tener en cuenta que si bien es cierto que quien paga efectivamente es Colpensiones (sic), se hace una reclamaciones directas hay unas partes involucradas y también se manifiesta en la parte considerativa de esta sentencia donde efectivamente se informó que hubo una reclamación que fue negada por Colpensiones (sic), una reclamación que hizo la señora Susbiela Hurtado y la negaron entonces sí fue negada por Colpensiones (sic) efectivamente mi poderdante no tiene la potestad, hizo una reclamación entonces vemos que Colpensiones (sic) fue negligente en un procedimiento desde el año 2012 dónde efectivamente porque no exigió y suspendió o no le dio trámite a la pensión sabiendo que había un conflicto de beneficiarios para que hoy en día se tenga que pagar por parte de mi poderdante un porcentaje de una retroactividad que directamente ella lo aceptaba pero directamente quien cae y comete y cae en error es Colpensiones (sic) al ser negligentes al no estudiar y evaluar estos pagos, esta solicitud de pensión para los pagos, entonces efectivamente al momento de solicitar por la señora Susbiela efectivamente hay un registro de matrimonio, entonces no hizo una evaluación jurídica un análisis técnico donde efectivamente hay claridad porque lo único que hizo fue negarla, entonces esa negligencia no puede recaer en mi poderdante teniendo en cuenta que lo que está recibiendo hoy en día es el 50% y si se le va a descontar del valor que está recibiendo automáticamente se atenta contra el mínimo vital ,efectivamente que es mínimo vital el juzgado el juez constitucional en segunda instancia le dice a Colpensiones páguesele la pensión del 50% obviamente por una violación al mínimo vital independientemente que el mínimo vital sea el salario mínimo, porque hoy en día de acuerdo a pronunciamiento de la corte el mínimo vital se tiene en cuenta es de acuerdo a las necesidades de la persona no al salario mínimo, entonces creeríamos que no puede ser consecuencia a mi poderdante en una negligencia de influencia del mismo Colpensiones (sic), efectivamente si se hubiese hecho por parte de ellos desde la época que se reclamó por parte de la señora Hurtado pues naturalmente ellos son protecciones que tiene la disponibilidad de entregar el dinero, efectivamente entonces Colpensiones entrega el riesgo, entreguemos y después repetimos o reclamamos que hay otra parte.

No yo creería en el sentido en el del recurso que se está sustentando y a la segunda instancia que va a resolver este recurso de alzada que se revoque el porcentaje que el despacho de primera instancia se otorga a la señora Susbiela Hurtado teniendo en cuenta que no hay prueba alguna de que sí hubo la convivencia constante por más de 5 años por mínimo 5 años como primer aspecto.

Como segundo aspecto que se revoque la parte porcentual en caso que el despacho fallador de segunda instancia acceda a ratificar que el beneficiario son las 2 personas mi poderdante y aquí la demandante, que se revoque la parte porcentual teniendo como antecedente que no hay un análisis jurídico en cuanto al porcentaje para cada una de las partes y como tercero aspecto se revoque el descuento que tenga que hacerse de la mesada porcentual pensional de mi poderdante en ese orden de ideas solicitare al despacho de segunda instancia que se tenga en cuenta estas manifestaciones atendiendo efectivamente todo el acervo probatorio que reposa dentro del sumario del juzgado 26 y efectivamente dentro del juzgado 36 el actual se aplicó la acumulación de procesos teniendo como antecedentes que hay igualdad de pretensiones, en ese orden de ideas efectivamente quien debería condenar al pago de este retroactivo es a Colpensiones por su negligencia y que no sea afectación de mi representada muy amable su señoría ”

porcentaje asignado a Sandra Miled Alzate Hurtado hija del causante y se condene al pago de costas y gastos del proceso.

La señora SUSBIELA HURTADO BURBANO en su demanda (Archivo 2 expediente digital hechos y pretensiones páginas 99 a 101) solicita se declare le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en la proporción legal que le corresponda, en consecuencia, se condene a COLFONDOS a pagar las mesadas a partir del 30 de mayo del 2012, a indexar las sumas de dinero, a pagar los intereses moratorios y costas del proceso incluyendo agencias en derecho

En sentencia de primera instancia la Juez accedió al pago de la pensión de la pensión de sobrevivientes a favor de las dos demandantes, en un porcentaje del 73.06% a favor de SUSBIELA HURTADO BURBANO del 29 de mayo del 2012 al 22 de marzo del 2017 sobre el 50% ya reconocido y a partir del 23 de marzo del 2017 sobre el valor total de la mesada, y un 24,53% para OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA del 29 de mayo del 2012 al 22 de marzo del 2017 sobre el 50% ya reconocido y a partir del 23 de marzo del 2017 sobre el valor total de la mesada, señalando que dichos valores debían acrecentarse desde la fecha de suspensión del reconocimiento pensional de la hija de causante, esto es, 23 de marzo del 2017, igualmente autorizó a COLFONDOS a descontar los valores pagados demás a la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA correspondiente al reconocimiento porcentual de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO y ordenó a la llamada en garantía Mapfre seguros de vida a subrogar al valor adicional a que haya lugar respecto al reconocimiento y pago de la mesada pensional ordenada.

Lo anterior tras considerar que la primera de ellas logró acreditar la calidad de cónyuge y la convivencia con el de cujus al menos 5 años previo a la relación que tuvo con la señora OLGA SUAREZ, lo cual extrajo del interrogatorio de parte y los testimonios que se rindieron en el proceso de familia donde se declaró la unión marital de hecho de OLGA SUAREZ y el causante JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR (q.e.p.d.) desde el 1° de marzo del 2003 hasta el 29 de mayo del 2013.

Respecto de la señora Suarez Sanabria expresó la juzgadora, que al ser declarada la unión marital de hecho y probada la calidad de compañera

permanente también le correspondía un porcentaje de la pensión de sobrevivientes por lo que no procedía la suspensión de las mesadas que realizó la demandada.

Indicó que las mesadas de las demandantes debían ser acrecentadas desde el 23 de marzo del 2017 cuando la hija del de cujus cumplió los 25 años de edad.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, en cabeza de quien procede el reconocimiento de la sustitución pensional, esto es, si resulta acreedora la cónyuge o la compañera permanente del señor JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR (q.e.p.d.) y en este sentido abordará la Sala el estudio respectivo.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- El señor JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR, falleció el **29 de mayo del 2012**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el Archivo 2, expediente digital página 10.
- Mediante comunicación BP-R-I-L-0750-01-13 del 25 de enero del 2013 se le reconoció a SANDRA MILED ALZATE HURTADO el 50% de la pensión de sobrevivientes y el restante 50% quedó suspendido hasta tanto se allegara sentencia debidamente ejecutoriada en donde se otorgara la calidad de beneficiaria de OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA y SUSBIELA HURTADO BURABANO (página 26 archivo 1 expediente digital).
- Mediante comunicación BP-R-I-L-26810-11-15 del 5 de noviembre del 2015 se reconoce la pensión de sobrevivientes a OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA en un 50% con un retroactivo de \$11.379.675 DEL 29 de mayo del 2012 al 31 de octubre del 2015. (páginas 22 a 25 archivo 1 expediente digital).
- Comunicado del 18 de noviembre del 2016 a través del cual COLFONDOS da cumplimiento a un fallo de tutela y dispone reactivar el pago del 50% de la mesada pensional a OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA, señalándole que tiene hasta diciembre del 2016 para acudir ante la justicia ordinaria (páginas 29 a 30 y 34 a 44 archivo 1 expediente digital).

Así las cosas, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (29 de mayo del 2012) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁵, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020⁶, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a)

⁵ “**ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte⁵; (...)

⁶ Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

*Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es **razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.***

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito

tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo,

fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, **bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido**, postura que fue reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

“En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al *compañero(o) del afiliado*, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de *compañero o compañera permanente* de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

En la SL5270 del 3 de noviembre del 2021 Rad. 86941 también se señaló:

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Igualmente, en la sentencia SL1878-2022 Radicación No. 90562 del 16 de mayo del 2022 la misma corporación expuso:

“Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

(...)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años, **mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte** y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un AFILIADO se requiere demostrar la calidad de *“cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte”* (SL 5270-2021 y SL 1878-2022).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora OLGA LUCÍA SUAREZ SANABRIA nació el 18 de febrero de 1960 (*según se señala en el formulario de solicitud de pensión de sobrevivencia página 160 Archivo 1 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (29/05/2012) contaba con 52 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos, igualmente obra la sentencia del JUZGADO 4° DE FAMILIA DE BOGOTÁ del 29 de mayo del 2015 donde se declaró la UNIÓN MARITAL DE HECHO con JOSÉ IGSONOBER ALZATE ESCOBAR (q.e.p.d.) del 1° de marzo del 2003 al 29 de mayo del 2012 (*págs. 18 a 37 Archivo 2 expediente digital*).

Por su parte la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO nació el 20 de abril de 1957 (*cedula de ciudadanía página 4 archivo 2 expediente digital*) contando con 55 años de edad para la data del óbito, igualmente y frente a ésta reclamante se encuentra el registro civil de matrimonio con el de cujus de fecha 28 de diciembre de 1974 (*archivo 2 expediente digital página 9*), con la cual se acredita su calidad de cónyuge.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por el promotor del recurso, se advierte dentro del presente asunto tan solo obra prueba documental pues ningún testimonio se decretó.

En ese orden de ideas se cuenta con dos declaraciones extra proceso rendidas por SILVESTRE MONCADA PARRA y YOLANDA ABRIL RUBIANO el 11 de julio del 2012 ante la NOTARIA 56 de Bogotá, donde señalaron (*págs. 173 y 174 Archivo 1 expediente digital*):

SILVESTRE MONCADA PARRA:

PRIMERO.- Que bajo la gravedad del juramento declara, que conocemos de trato vista y comunicación desde hace 10 años a la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO identificada con la c.c. 25244035 de Viterbo quien convivía en matrimonio durante 28 años con su difunto compañero JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR quien en vida se identificaba con la c.c. 6208342 de Calcedonia, quienes, quienes convivieron desde el 28 de diciembre de 1974 hasta el año que se pararon 2002, y el difunto señor JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR iba a visitarlos esporádicamente y quien falleció 29 de mayo del año 2012 y al momento de su fallecimiento solo habían 4 hijos, SANDRA MILED ALZATE HURTADO, YULI ALZATE HURTADO, LUIS ALBERTO ALZATE HURTADO Y JHON JAIRO ALZATE HURTADO quienes son mayores de edad, y la señora quien no trabaja no es pensionada y quien dependía económicamente de JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR. Y EL SEÑOR JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR quien convivió durante 9 años con la señora OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA identificada con la c.c. 51550612 Y no hay más hijos reconocidos, ni por reconocer, ni adoptivos, ni matrimoniales, ni extramatrimoniales, y no hay más personas con igual o mayor derecho para reclamar los bienes del causante.

YOLANDA ABRIL RUBIANO:

PRIMERO.- Que bajo la gravedad del juramento declara, que conocemos de trato vista y comunicación desde hace 16 años a la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO identificada con la c.c. 25244035 de Viterbo quien convivía en matrimonio durante 28 años con su difunto compañero JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR quien en vida se identificaba con la c.c. 6208342 de Calcedonia, quienes, quienes convivieron desde el 28 de diciembre de 1974 hasta el año que se pararon 2002, y el difunto señor JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR iba a visitarlos esporádicamente, y quien falleció 29 de mayo del año 2012 y al momento de su fallecimiento solo habían 4 hijos, SANDRA MILED ALZATE HURTADO, YULI ALZATE HURTADO, LUIS ALBERTO ALZATE HURTADO Y JHON JAIRO ALZATE HURTADO quienes son mayores de edad, y la señora quien no trabaja no es pensionada y quien dependía económicamente de JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR. Y EL SEÑOR JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR quien convivió durante 9 años con la señora OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA identificada con la c.c. 51550612 Y no hay más hijos reconocidos, ni por reconocer, ni adoptivos, ni matrimoniales, ni extramatrimoniales, y no hay más personas con igual o mayor derecho para reclamar los bienes del causante.

Frente a las mismas, debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, dado que no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues de manera alguna narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tienen sobre la convivencia de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO y el causante JOSE IGSINOBER ALZATE, aunado a que nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la señora Hurtado Burbano con el de cujus para el momento de su deceso.

Ahora y si bien dentro del cuerpo de la sentencia del JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE BOGOTA donde se declaró la unión marital de hecho de la señora OLGA LUCIA SUAREZ y el causante, se citan los testimonios e interrogatorios de parte que se rindieron dentro de ese litigio (*págs. 28 a 30 Archivo 2 expediente digital*), los cuales fueron tenidos en cuenta por la Juez de primer grado para tomar su decisión, advierte ésta Sala de decisión los mismos no pueden ser valorados dentro del presente asunto pues fueron pruebas recaudadas para ese proceso en especial que nada tienen que ver con lo pretendido por la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que si bien la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO acreditó la calidad de cónyuge del causante con matrimonio vigente desde el 28 de diciembre de 1974, no obra prueba en el plenario de *“la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte”* con el señor JOSE IGSINOBER ALZATE ESCOBAR (q.e.p.d.), conforme al material probatorio obrante en autos.

Precisándose si bien para el caso de autos donde el fallecido es un afiliado no se exige un mínimo de convivencia, sí se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común de los consortes para el momento del deceso del señor ALZATE ESCOBAR, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud del vínculo formal del matrimonio.

De esta manera, para el caso de la señora SUSBIELA HURTADO BURBANO, no se encuentra demostrado el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era tal parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA

PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, se debe proceder a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora HURTADO BURBANO.

Ahora en cuanto a la señora OLGA LUCIA SUAREZ SANABRIA como su reconocimiento pensional no fue objeto de reproche por las partes ni tampoco el porcentaje con el que le fue reconocida la pensión por parte de COLFONDOS S.A., la Sala se releva del estudio del mismo, no obstante, y dada la decisión aquí tomada frente a la señora SUSBIELA HURTADO, la decisión de primera instancia habrá de modificarse en el sentido de señalar que la compañera permanente debe recibir el 100% de la mesada pensional en los términos establecidos por la Juez de primera 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,

R E S U E L V E

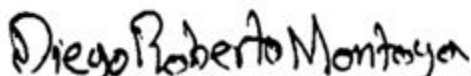
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia en sus numerales PRIMERO, TERCERO, CUARTO, SEXTO, SEPTIMO, OCTAVO para en su lugar **ABSOLVER** a **COLFONDOS**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **SUSBIELA HURTADO BURBANO**, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el fallo de primer grado en sus numerales SEGUNDO y TERCERO para establecer que la señora OLGA LUCIA SUAREZ SANBRIA en su calidad de compañera permanente es la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en un 50% desde el 29 de mayo del 2012 y en un 100% a partir del 23 de marzo del 2017, conforme lo considerado.

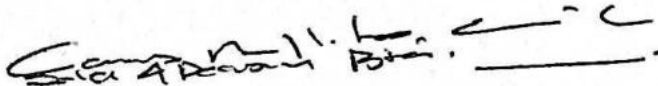
EXP. No. 26 2016 00655 01 OLGA LUCÍA SUÁREZ SANABRIA CONTRA COLFONDOS S.A, acumulado con el 36 2016 00482 de SUSBIELA HURTADO BURBANO contra COLFONDOS S.A., y como vinculados MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y SANDRA MILET ÁLZATE HURTADO

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ MARÍA TONCEL MAESTRE
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –UGPP- (RAD. 25 2019 00759 01).**

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como también en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la que se resolvió (Exp. Digital: «09. Audiencia 25 2019 00759 Grabación de la reunión.mp4», récord: 22:10):

«PRIMERO: ORDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reliquidar la pensión de vejez concedida al actor en la Resolución 010513, calculando el IBL con todos los factores salariales, a partir del 17 de abril de 199,9 la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de ley, conforme quedó expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar al señor JOSE MARÍA TONCEL MAESTRE la primera mesada pensiona al 17 de abril de 1999, por valor de \$746.075,64. Valor que deberá ser indexado a partir del 01 de enero de 2000, en la misma proporción del incremento del IPC certificado por el DANE.

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar a JOSE MARÍA TONCEL MAESTRE, la suma de \$6.660.992 por concepto de diferencias sobre las mesadas pensionales retroactivas, causadas desde el 18 de mayo de 2015 hasta el 30 de abril de 2022. Valores que deberán ser indexados desde la causación hasta el momento que se haga efectivo su pago y a continuar haciendo los

reajustes que por estas diferencias se causen a partir de mayo de 2022 y así sucesivamente si a ello hay lugar.

CUARTO: *CONDENAR a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a pagar al demandante JOSE MARÍA TONCEL MAESTRE, la suma de \$14.391.378,49 por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que fueron liquidados por el Despacho desde el 18 de mayo de 2015 hasta el 30 de abril de 2022 y a reconocer los que se causen posterior a esta liquidación hasta que se haga efectivo su pago.*

QUINTO: *DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas por la pasiva en su contestación.*

SEXTO: *ABSOLVER a la entidad demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el actor.*

SÉPTIMO: *COSTAS. Serán a cargo de la UGPP, tásense las agencias en 2 SMLMV.*

OCTAVO: *en caso de no ser apelada esta decisión CONSÚLTESE esta condena en contra de la UGPP ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.».*

Inconforme con la decisión la apoderada de UGPP interpuso recurso de apelación manifestando no es procedente la indexación de la primera mesada, toda vez que, si bien la fecha de retiro definitivo del servicio del causante fue el 30 de diciembre de 1994 y la adquisición del estatus de pensionado fue el día 17 de abril de 1999, la pensión se reconoció de conformidad con la Ley 100 de 1993, con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de abril de 1994 hasta el 30 de diciembre de 1994, e incluyó los factores de asignación básica, dominicales, feriados, horas extras, actualizando el IPC al año 1994, hasta el año 98, por la cual no se evidenciaba pérdida del poder adquisitivo de la mesada pensional. Aludió a jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa al criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones del régimen de transición, conforme a las reglas del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo, es decir, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, norma que fue encontrada legal por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de febrero 2013.

Agregó, en el caso concreto no es posible tener en cuenta conceptos salariales diferentes a los ya incluidos, y por lo expuesto, en lo atinente las condenas accesorias, como quiera que no es procedente acceder a la pretensión principal, las demás pierden sustento por depender de la prosperidad de la pretensión inicial.

Adicionalmente, arguyó con respecto a los intereses moratorios, que sólo proceden en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y no para el reconocimiento pensional. Por tal razón, pues no es viable el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados por el por el demandante; aunado a ello, esgrimió la accionada no incurrió en actuaciones dilatorias temerarias o de mala fe, ya que sólo se limitó a ejercer su derecho a la defensa, por lo que no debe ser merecedora de la condena en costas impuesta¹ (récord: 25:38, ib.).

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 JOSÉ MARÍA TONCEL MAESTRE las pretensiones consignadas a páginas 5 y 6 de la subsanación de la demanda, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a

¹ «Gracias señora Juez. Me permito interponer recurso de apelación en contra de todas y cada una de las condenas impuestas en contra de mi representada, teniendo en cuenta que el fallo que acabó de emitir su despacho condenó a la UGPP a reliquidar la pensión de vejez calculando el IBL con todos los factores salariales reajustado anualmente; a reconocer y pagar la primera mesada pensional por \$746.075 debidamente indexada; a la suma de \$6.660.992 por concepto de diferencia sobre las mesadas pensionales retroactivas debidamente indexadas; y los intereses moratorios por valor de \$14.391.348 desde el 18 de mayo de 2015 con la correspondiente condena en costas y agencias por dos salarios mínimos legales mensuales vigentes; y lo sustento señalando que no es procedente la indexación de la primera mesada, toda vez que si bien la fecha de retiro definitivo del servicio del causante fue el 30 de diciembre de 1994 y la adquisición del estatus de pensionado fue el día 17 de abril del 99, fue ordenada en su momento por medio de la Resolución 20043 del 25 de julio de 2002, reconoció, de conformidad con la Ley 100 de 1993 el 75% del promedio de lo devengado entre el primero de abril de 1994 hasta el 30 de diciembre de 1994 e incluyó los factores de asignación básica, dominicales, feriados, horas extras, actualizado el IPC al año 1994, hasta el año 98, elevando la cuantía a 682.235 efectiva a partir del 17 de abril de 1999, por la cual no se evidencia pérdida del poder adquisitivo de la mesada pensional.

A este respecto para la entidad no es viable la reliquidación enjuiciada, toda vez que en sentencia C-258 de 2013, se fijó el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones del régimen de transición, conforme a las reglas del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reglas ratificadas y que se extienden a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, según la sentencia T-078 de 2014 y recientemente reiterada en sentencia de unificación SU-230 de 2015, en el cual la Corte ratifica y señala que la manera de interpretar el régimen de transición, es respetando los conceptos de edad, tiempo de servicio, monto, entendido como tasa de reemplazo del régimen anterior, sin que esté incluida en la transición el ingreso base de liquidación. Por esta razón, es que mi representada debe continuar liquidando las pensiones de este régimen, de conformidad con el Inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100, que establece para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo, es decir, con el promedio de lo cotizado en el tiempo que le hiciere falta o en los últimos 10 años de servicio y los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994, norma que fue encontrada legal por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de febrero 2013.

Cabe resaltar las observaciones que hiciese la honorable Corte Constitucional mediante sentencia SU 395 del 22 de julio 2017, con respecto a los requisitos que se pueden aplicar ultractivamente en el régimen de transición pensional, precisó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra este régimen con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas y que pudieran verse afectadas con la creación del Sistema General de Seguridad Social y agregó, que este beneficio consiste en la aplicación reactiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado al peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicio o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base del de liquidación.

Adicionalmente, con respecto a los intereses moratorios se tiene que solo proceder en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales y no para el reconocimiento pensional. Por tal razón, pues no es viable el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados por el por el demandante.

Adicionalmente, pues en el caso concreto se observa que no es posible tener en cuenta conceptos salariales diferentes a los ya incluidos, y por lo expuesto, en lo atinente las condenas accesorias, como quiera que no es procedente acceder a la pretensión principal, las demás pierden sustento por depender de la prosperidad de la pretensión inicial.

Para concluir en el presente asunto, mi representada no incurrió en actuaciones dilatorias temerarias o de mala fe, ya que sólo se limitó a ejercer su derecho a la defensa, por lo que no debe ser merecedora de la condena en costas impuesta. Teniendo en cuenta pues las razones que acabo de exponer, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, de manera respetuosa revocar la sentencia de primera instancia y abstenerse a acceder a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio. En estos términos dejo sentado ni recursos señora Juez».

de páginas 6 a 7 ibidem (Exp. Digital: «04. *ContinuacionExpedienteDigital Fls. 50 al 81.pdf*»), pretendiendo de manera principal se condene a la UGPP a reliquidar, reajustar, indexar e incrementar la PENSIÓN DE VEJEZ en cuanto su mesada pensional inicial por la suma de \$1.096.174; el pago de las diferencias retroactivas, la indexación e incrementos, hasta cuando se efectúe la inclusión en nómina, incluyendo las mesadas adicionales de junio y de diciembre de cada año, con sus incrementos anuales de ley; los intereses moratorios, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a UGPP a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta como mesada pensional para el 17 de abril del 1999 la suma de \$746.075,64, ordenando su indexación al 01 de enero del año 2000. Ordenó el pago del retroactivo causado por diferencias de mesadas pensionales por valor de \$6.660.992 desde el 18 de mayo de 2015 hasta el 30 de abril de 2022; condenó al pago de \$14.391.378,49 por concepto de intereses moratorios causados en las fechas indicadas; declarando parcialmente probada la excepción de prescripción y absolviendo de las demás pretensiones.

Lo anterior tras considerar, que conforme a la normativa y jurisprudencia se debía integrar como factor salarial para el cálculo del IBL las sumas devengadas en el último año de servicios, correspondiente al auxilio de alimentación, toda vez que se acreditó en debida forma que dicha remuneración hizo parte del ingreso base de cotización sobre el cual el demandante realizó los aportes a pensión, de acuerdo con la certificación de salarios emitida por el empleador, con lo cual obtuvo un promedio mensual para el año 1994 de \$407.691,61, lo cual actualizó al 17 de abril de 1999, obteniendo un IBL de \$994.767,53 al cual aplicó un 75% obteniendo como mesada pensional la suma anteriormente indicada, que resultó superior a la concedida por la entidad accionada.

Así las cosas, lo primero que ha de advertirse es que se abordará además del estudio del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de UGPP, las condenas impuestas a dicha administradora del régimen de prima media en el grado jurisdiccional de Consulta.

En ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su prestación pensional, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales, especialmente la prima y/o auxilio de alimentación, en aras de calcular el IBL; de ser viable el reajuste solicitado,

se verificará la procedencia de la indexación, la imposición de intereses moratorios, así como la condena impuesta a UGPP del pago del retroactivo y las costas procesales.

En este orden de ideas, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionado que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse en la Resolución No. 010513 del 23 de agosto de 1999, expedida por la extinta CAJANAL (págs. 25 a 29, «03. Anexos de Demanda Fls. 11 a 49.pdf»), donde se constata, para el reconocimiento del derecho pensional se tuvo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición y acreditó los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, reconociendo el derecho pensional a partir del 17 de abril de 1999, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, obteniendo como valor de la primera mesada pensional la suma de \$682.225,94. Lo anterior, por haber laborado más de 20 al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en calidad de trabajador oficial, en el cargo de Operador de Maquinaria Pesada. Para efectos del IBL, tuvo en cuenta el promedio salarial devengado de los últimos nueve meses de servicio, entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 01 de abril de 1994 y la fecha de retiro del empleo, el 30 de diciembre de 1994.

También se advierte en el acto administrativo reconocedor del derecho, que la otrora CAJANAL, hoy UGPP, en efecto liquidó la prestación pensional con los únicos factores salariales que se podían tener en cuenta (Asignación básica + dominicales y feriados + horas extras), sin que sea posible incluir otros diferentes a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, verbigracia el auxilio de alimentación que solicita la parte actora, tal como lo ha precisado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (ver entre otras la sentencia CSJ SL1037-2022).

De tal manera, en relación con el IBL, es de advertir, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al aquí accionante, le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (5 años y 13 días), pues al 1º de abril de 1994, contaba con 49 años, 11 mes y 17 días de edad², así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el

² Conforme se extrae de la Resolución 10513 del 23 de agosto de 1999, visible a página 25, ib., y se corrobora con el documento de identidad aportado con el expediente administrativo, fl 68 expediente físico, nació el 17 de abril de 1944.

asunto de autos, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual señala:

«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».

Así pues, como el problema jurídico que se plantea en la alzada, consiste en verificar matemáticamente el I.B.L. tomado al momento de reconocerse el derecho pensional y dado que la sentenciadora de instancia, señaló que debía ser lo devengado *«para el tiempo que le hiciere falta para cumplir con los requisitos para acceder a la prestación [...] entre el 1° de abril de 1994 y 30 de diciembre de 1994»*, cuando lo correcto es el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, pues como atrás se anotó al actor le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, lo que se debía seguir era tomar ese lapso faltante para consolidar el derecho pensional y esa misma unidad de tiempo transponerla desde la última cotización hacia atrás, hasta completarla, que en el presente caso es el 30 de diciembre de 1994 (fecha de retiro de la empresa, pág. 25, ib.), pues no obra prueba de aportes o salarios devengados con posterioridad a esa fecha, según certificación expedida por INVIAS de páginas 31 a 33, ibidem.

Tal criterio es el que se colige de diferentes proveídos de la Sala de Casación Laboral, donde ha precisado que la expresión *«el tiempo que le hiciere falta»* contenido en la citada norma, es simplemente una medida de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el IBL de las pensiones, medida que puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho, cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización; incluso, puede cobijar también, cotizaciones causadas con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, cuando los aportes hechos desde esta última fecha hacia adelante no alcanzan a cubrir el periodo de referencia indicado en la Ley.

Al efecto, pueden consultarse entre otras sentencias del Alto Tribunal, la CSJ SL794-2013, CSJ SL4585-2014, CSJ SL12350-2014, estas últimas reiteradas en la CSJ4156-2020, donde en un caso de similares contornos al aquí estudiado, la Alta Corporación razonó:

«En primer lugar, la Sala debe resaltar el error jurídico en el que incurrió el ad quem en cuanto al entendimiento que le imprimió al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de la opción de liquidación pensional del IBL con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta al beneficiario para adquirir el derecho, puesto que, según el criterio de la Corte, ello implica determinar cuántos días le faltaban a la persona para acceder a la pensión, a la entrada en vigencia de la aludida ley, para luego transponer esa medida de tiempo a la última fecha de cotización o salario devengado y desde ahí comenzar a contar ese lapso hacia atrás hasta completar dicho periodo.

En tales condiciones, el Tribunal no podía tomar el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994 hasta la fecha del retiro de la demandante 31 de diciembre de 2001, para efectos de establecer el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, y menos hacerlo de manera automática como procedió la alzada. Es decir, no le era dable al Tribunal considerar todas las cotizaciones posteriores a la fecha en que comenzó a regir dicha normativa para liquidar el IBL de la pensión, sin reparar en el momento del cumplimiento de los requisitos, para el caso cuando cumplió la edad para pensión, los 55 años, que lo fue el 16 de diciembre de 2000, que corresponde al límite de la unidad de tiempo de lo que le faltaría para acceder a la jubilación.

Lo correcto era hallar la medida de tiempo determinada por el periodo que le hacía falta para adquirir el derecho, para el caso entre el 1° de abril de 1994 y el 16 de diciembre de 2000, y verificada la misma, transponer esa unidad de tiempo desde la última cotización (31 de diciembre de 2001) hacia atrás, para así efectuar el respectivo conteo y agotar ese lapso, cuyo promedio actualizado constituiría el IBL para liquidar la pensión.

En efecto, la expresión «el tiempo que le hiciere falta» contenido en la citada norma, es simplemente una medida de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el IBL de las pensiones, medida que puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho, cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización, en los eventos en que ello lo favorezca porque incrementa el monto pensional.

Así lo explicó la Corte, a través de la sentencia CSJ SL12350-2014, rad. 44108, cuando puntualizó lo siguiente:

Dicho ello, en torno a los reclamos planteados por la censura, lo primero que cabe decir es que, efectivamente, como lo señaló el Tribunal, desde la sentencia CSJ SL 29 nov. 2001, rad. 15921, esta Corporación ha sostenido de manera uniforme que:

...en casos en que no hay coincidencia entre el momento de reunión de los requisitos y el retiro del servicio, la fecha de entrada en vigencia del sistema sirve en principio para establecer el período faltante para adquirir el derecho, vale decir, es una simple medida de tiempo, ya que la contabilización de los aportes para liquidar la prestación debe hacerse desde la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento hacia atrás hasta completar el lapso inicialmente determinado. Dicho en otros términos, es preciso realizar dos operaciones: primero establecer cuántos días, contados desde el 1 de abril de 1994, faltaban al trabajador para reunir los requisitos y, segundo, trasponer luego esa medida o número de días a la fecha del retiro y empezar a contar hacía atrás las sumas devengadas hasta agotar dicho lapso, cuyo promedio actualizado constituiría el IBL para liquidar la pensión.

Esa orientación ha sido reiterada en varias decisiones como las CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 30300, CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 36371, CSJ SL, 14 jul. 2010, rad. 40322, CSJ SL, 25 sep. 2012, rad. 44023, CSJ SL, 24 abr. 2013, rad. 43663 y CSJ SL4585-2014, entre muchas otras.

En tales términos, en principio, el Tribunal no incurrió en error al seguir la jurisprudencia diseñada por esta Corporación en torno al tema y concluir que los «...días que le hacían falta al accionante para cumplir los requisitos, deben contabilizarse en días cotizados desde el 30 de marzo de 2005 fecha en que realizó su última cotización (folios 352) hacía atrás hasta completar dicha cantidad.»

En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 44793, reiterada en la CSJ SL4585-2014, rad. 50955 y en la mencionada CSJ SL12350-2014, rad. 44108, entre otras, esta Corporación explicó:

Ha sostenido la jurisprudencia de la Sala que la expresión el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho, es una medida de tiempo de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de las

personas en régimen de transición, en una de las dos hipótesis que consagra el artículo 36 de la Ley 100, y que esa medida puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización, en los eventos en que ello lo favorezca porque incrementa el monto pensional. Y puede cobijar también, cotizaciones causadas con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, cuando los aportes hechos desde esta última fecha hacia adelante no alcanzan a cubrir el periodo de referencia indicado en la Ley, y que se insiste, es la equivalencia del que va entre la entrada en vigor del sistema general de pensiones y el de la estructuración del derecho pensional, esto es, cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Una lectura distinta de la previsión legal acusada, conduciría a que se dejara el ingreso base de liquidación de las personas en régimen de transición al acomodo de los afiliados, quienes quedarían con la opción de elegir el término que les conviniese dejando de cotizar o retirándose anticipadamente del servicio.

En sentencia de 29 de noviembre de 2001, rad. N° 15921, dijo la Corte textualmente:

“El punto objeto de controversia, tiene que ver con el alcance de la expresión ‘el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello’, esto es, para adquirir el derecho pensional, contenido en el inciso tercero del artículo 36 ibídem. Para el Tribunal es el discurrido entre la fecha de entrada de vigencia de la ley y la de retiro de servicio o reconocimiento efectivo del derecho; para el recurrente, el lapso faltante para la adquisición del derecho, esto es, los últimos 18 meses.

“Considera la Corte que no es correcto el entendimiento que el ad quem le otorga al señalado precepto, pues si el legislador en él estableció un espacio temporal (‘el tiempo que les hiciera falta para ello’) para efectos de liquidar la pensión a ciertos beneficiarios del régimen de transición, con ello quiso significar que la fecha de cumplimiento de los requisitos debía ser un hito o punto de referencia obligatorio en este aspecto...”

[...]

“Ahora, la exégesis que por su parte propone el atacante implica en casos como el presente en que no hay coincidencia entre el momento de reunión de los requisitos y el retiro del servicio, que la fecha de entrada en vigencia del sistema sirve en principio para establecer el período faltante para adquirir el derecho, vale decir, es una simple medida de tiempo, ya que la contabilización de los aportes para liquidar la prestación debe hacerse desde la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento hacia atrás hasta completar el lapso inicialmente determinado [...].

“Ese entendimiento, estima la Corte, es el que consulta el verdadero espíritu de la ley y se ajusta cabalmente a su tenor literal, en tanto acata su exigencia de tomar en consideración únicamente el tiempo faltante para adquirir el derecho y no otro [...] “De manera que la única hermenéutica que permite acompasar el categórico mandato contenido en el artículo 36 de la Ley 100 en el sentido de que el ingreso base de liquidación de las personas cobijadas por el régimen de transición que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, con la regla general que dispone tomar en cuenta hasta la última semana cotizada para liquidar la pensión, es la que se dejó descrita, de donde se colige, como atrás se manifestó, que inicialmente hay que determinar cuántos días, contados a partir de la entrada en vigencia del sistema (abril de 1994) faltaban para adquirir el derecho y esa unidad de tiempo trasponerla después a la fecha de la última cotización o del último salario devengado y empezarlo a contar de ahí hacia atrás, hasta completarla”.

De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, para calcular el IBL en este caso se debe tener en cuenta el lapso que va entre la entrada en vigencia del sistema, 1° de abril de 1994, y hasta el momento en que la actora completó los requisitos para adquirir el derecho. Esa medida de tiempo debe trasponerse desde la fecha de la última cotización hacia atrás, independientemente de que incluya cotizaciones anteriores a 1° de abril de 1994. El promedio de lo devengado en esa medida de tiempo es el que debe tenerse en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de la demandante.

Por todo anterior, es dable concluir que el Tribunal interpretó erróneamente el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la forma de calcular el IBL con el promedio de lo devengado por la trabajadora durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho».

En ese sentido, no era dable en aras de establecer el IBL tomar el tiempo laborado entre el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) y la fecha en que dejó de laborar el actor (30 de diciembre de 1994), así lo efectuaron tanto Cajanal en su momento, como la Juez a quo, de modo que bajo esa óptica no es posible acceder a la reliquidación solicitada por el actor, dado que es en esos términos que se solicita el reajuste pensional.

En ese orden de ideas, sería del caso en aras de determinar el IBL y la mesada pensional del actor conforme a los salarios y/o IBC con los cuales cotizó el empleador en los últimos 5 años y 13 días, a partir del 30 de diciembre de 1994, hacia atrás, para lo cual la parte actora ha debido acreditar, tanto los factores salariales que se extrañan en la liquidación de la pensión de jubilación, así como que, los mismos sirvieron de base para situar de forma efectiva los aportes en la otrora CAJANAL, hoy UGPP; empero, son hechos que no gozan de prueba alguna en el expediente, únicamente se aportó certificación de lo devengado en el último año de servicios, el que resulta insuficiente para acceder a los pedimentos del actor, que en todo caso cimenta la petición de reajuste en lo devengando en los últimos nueve meses de cotización, lo cual, como ya se vio no es viable y de ahí que deba revocarse la decisión en su totalidad para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor y, en ese orden se procede a revocar la sentencia de primer grado, en los términos anteriormente expuestos.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera se revocan y se imponen a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la **UGPP**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JOSÉ MARÍA TONCEL MAESTRE**, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA YAMILE
BERMUDEZ GUERRERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 24 2021 00057 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 29 de julio del 2022 (Exp. Digital: «17 AudioAudiencia29-07-2022», récord: 1:25:27), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora MARIA YAMILE BERMUDEZ GUERRERO al Régimen de Ahorro Individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 31 de octubre de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARIA YAMILE BERMUDEZ GUERRERO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora MARIA YAMILE BERMUDEZ GUERRERO 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, ello significa que se debe trasladar a COLPENSIONES lo que la demandante tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual o al momento que se realice el traslado, junto con los gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora MARIA YAMILE BERMUDEZ GUERRERO, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe de trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES no interponga recurso de apelación junto a la presente sentencia, remítase el expediente a la sala de decisión laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta grado jurisdiccional de consulta en su favor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código procesal laboral y de la seguridad social».*

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 el año 1994, 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 Horizonte una información necesaria, clara y suficiente sobre las características del régimen de ahorro individual, lo cual se podía corroborar con lo dicho por la actora en el interrogatorio de parte donde indicó que le brindaron una información o recibió una asesoría por parte de los promotores de Horizonte, quienes brindaron información de las características así como de las ventajas que ofrecía el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señaló, que la firma del formulario suscrito por la actora implica la aceptación de unas condiciones al régimen que se encontraba trasladando con las consecuencias que acarreaba su traslado, además que dicho documento, es decir, el formulario

debe considerarse como un medio probatorio suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber de información que recaía sobre la AFP, por expresa disposición legal.

Advirtió, el hecho de que esta entidad tuviera algunas responsabilidades profesionales de cara a sus afiliados, no era excusa para que la demandante por su cuenta, no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría su traslado al régimen pensional, más aún pues si se tiene en cuenta que lo que motivó a la actora a solicitar la nulidad o eficacia de su afiliación es la diferencia en el valor de la mesada pensional, siendo ella en últimas la única conocedora de su situación particular y concreta así como de sus expectativas laborales y pensionales al momento en que se vinculó con Horizonte en el año de 1994, hecho que se escapaba al conocimiento de los asesores de Horizonte.

Por otro lado, manifiesta apartarse de la condena a devolver 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. Que al admitirse tal posibilidad sin que exista algún tipo de compensación al respecto para Porvenir se estaría entonces avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; reiterando, que esos dineros fueron invertidos por esta sociedad para poder garantizar esa rentabilidad de los aportes que realizó la afiliada durante el lapso en que estuvo vinculada; y, aun cuando la accionante no se hubiese trasladado de régimen, incluso en el régimen de prima media administrado por Colpensiones, un porcentaje de esta cotización, de lo que hacen los afiliados, también se destina a cubrir los gastos de administración y seguros previsionales.

Señaló en lo que corresponde a la indexación, debía tenerse en cuenta la figura de la compensación, pues esos rendimientos financieros fueron generados en la cuenta de ahorro individual, superaron con creces los rendimientos que hubiesen generado sus aportes, en caso de que esta hubiese permanecido vinculada al Régimen de

Prima Media, en ese sentido cualquier tipo de indexación o reconocimiento adicional que deba hacer la AFP, ya se encontraría plenamente cubierto con estos valores en mención¹ (récord: 1:27:30).

A su turno, COLPENSIONES expresa que es un tercero ajeno a estos actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP Horizonte, todos sus actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada por el

¹ «Muchas gracias. Siendo este el momento procesal oportuno de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión de instancia solicitando así al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revocar en su integridad la presente decisión y En este sentido pues se absuelva a Porvenir S.A de las condenas contra ella impuestas todo ello de conformidad con las siguientes consideraciones:

En primer lugar honorables magistrados sea oportuno señalar que si bien ya existe una amplia y pacífica jurisprudencia planteada por parte de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia también esta alta corporación ha indicado que dicho precedente no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicite bien la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento de ese deber de información que recaía en cabeza de las AFP, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues para mí representa no sea el asunto que ahora nos ocupa toda vez que el traslado al régimen pensional realizado por la aquí demandante a través de la AFP horizonte en el año de 1994 es plenamente válido y eficaz pues el mismo se dio cumpliendo con todos esos requisitos normativos que se encontraban vigentes para la fecha en que se llevó a cabo el respectivo acto jurídico en comentó, lo que le permitió a la demandante poder adoptar una decisión informada libre consciente y además provista de elementos de juicio objetivos, hecho que además se corrobora con lo manifestado por la accionante en su interrogatorio de parte en donde indica que a esta se le brindo una información o recibió una asesoría por parte de los promotores de horizonte quienes brindaron información de las características así como de las ventajas que ofrecía el régimen de ahorro individual con solidaridad, en ese sentido pues cabe advertir que mi representada dio pleno cumplimiento a lo señalado tanto por el decreto 663 de El año de 1993 así como la ley 100 del 93 y las demás normas reglamentarias en su momento, pues en ese sentido declara que Porvenir dio cumplimiento a ese deber de información que sobre él recaía para dicha data, por lo que no se no se vieron en su momento no se vieron visto vulnerados los derechos que le asistían a la parte actora más aun teniendo en cuenta que esta ejerció en efecto su derecho a la libre elección en los términos consagrados por el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Por otro lado pues honorables magistrados sea oportuno señalar que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por la actora únicamente implica la aceptación de unas condiciones al régimen que se encontraba trasladando o que el mismo no denote de manera irrefutable que la misma tenía sobre los beneficios y además las consecuencias que acarrearba su traslado al régimen pensional o además que este documento es decir el formulario en mención no sea considerado como un medio probatorio suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber de información que recaía sobre mi representada, pues se tiene que por expresa disposición legal era a través de dichos formularios y además las leyendas que se encuentran allí señaladas que los fondos privados cumplían con su deber de información expuesto por parte del mismo legislador.

Ahora bien pues se advierte que el hecho de que esta entidad administradora tuviera algunas responsabilidades profesionales de cara pues a sus afiliados, no es una excusa para que la aquí demandante por su cuenta no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría perdón su traslado al régimen pensional, más aún pues si se tiene en cuenta que lo que motivó a la actora a solicitar la nulidad o eficacia de su afiliación fue la diferencia en el valor de la mesada pensional siendo esta pues en últimas la única conocedora de su situación particular y concreta así como de sus expectativas laborales y pensionales al momento en que se vinculó con horizonte en el año de 1994 siendo entonces esto un hecho que se escapaba al conocimiento de los asesores de Horizonte.

Por otro lado pues en lo que respecta a la condena impuesta a mi representada de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, mi representada deberá apartarse respetuosamente de la misma toda vez que resulta inequitativo con este fondo que representó ya que lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que la demandante permaneció vinculada a Horizonte y Porvenir, cuya diligencia fue precisamente el origen de esos rendimientos de los aportes generados en ese espacio de tiempo, asimismo pues se advierte que como quiera que ha sido la misma ley 100 del 93 la que le ha dado la posibilidad a los fondos de pensiones tanto del RAIS como del RPM de destinar del total del monto de los aportes realizados al sistema ese 3% para cubrir los gastos de administración y en el caso pues del régimen de ahorro individual con solidaridad al ser precisamente este porcentaje es decir el 3% en comentó la remuneración que está recibiendo las AFP por su correcta gestión entonces no puede ordenarse el reintegro de los mismos, ya que al admitirse tal posibilidad sin que exista algún tipo de compensación al respecto para Porvenir se estaría entonces avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones que nótese que en últimas se verá pues beneficiado con tal situación pues además de tener que trasladar los recursos del aquí demandante junto con los respectivos rendimientos que fueron generados en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, también se está ordenando a Porvenir a reintegrar de su propio patrimonio unos gastos de administración, dineros esos que como se ha indicado anteriormente fueron invertidos por esta sociedad para poder garantizar esa rentabilidad de los aportes que realizó la afiliada durante el lapso en que estuvo vinculada a mi representada, asimismo pues es pertinente señalar que aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen se tiene que incluso en el régimen de prima media administrado por pensiones un porcentaje de esta cotización de lo que hacen los afiliados pues también se destina a cubrir los gastos de administración y seguros previsionales tal y como lo dispone el ya citado artículo 20 de la ley 100 del 93, razón por la cual entonces no podía llegar a desconocerse esa gestión que realizó Porvenir durante la afiliación de la actora a este fondo de pensiones.

Por último pues en lo que corresponde a la condena impuesta a mi representada a trasladar los anteriores valor de manera indexada, deberá tenerse en cuenta la figura de la compensación pues debe advertirse que esos rendimientos financieros que fueron generados en la cuenta de ahorro del aquí demandante superan con creces los rendimientos que hubiesen pues generados sus aportes en caso de que esta hubiese permanecido vinculada al régimen de prima media, en ese sentido pues se advierte que cualquier tipo de indexación o reconocimiento adicional que deba hacer mi representada, ya se encontraría plenamente cubierto con estos valores en mención es por todo lo anterior que nuevamente de manera muy respetuosa solicitó a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá sala laboral revocar la sentencia de instancia en su integridad y en ese sentido se absuelva a mi representada de todas las condenas contra ella impuestos. Muchas gracias».

juez en relación a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, no puede ser favorecida ni perjudicada en la misma, pues Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por la parte demandante. De tal modo, no es dable que se le condene a recibir a la actora como afiliada de nuevo, al régimen de prima media, pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2005, pues con el regreso, existe una alta posibilidad de ese reconocimiento pensional.

Aunado a ello, la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modifica el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que sí bien dispuso que después de un año de vigencia, el afiliado no podría trasladarse del régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Por otro lado, refirió cuando se declara la nulidad e ineficacia del traslado según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, todo lo que tenga que ver con los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración. Concluyendo, si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media, solicita se condene a la AFP que incumplió en su deber legal de información, le pague a Colpensiones los perjuicios económicos que ello le genera, en atención que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico, como lo ha sido Colpensiones² (récord: 1:33:49, ib.).

² «Muchas gracias su señoría, siendo la oportunidad procesal pertinente, deseo interponer el recurso de apelación para ante el tribunal con el fin en contra la sentencia proferida por el juzgado 24 laboral, sentencia que acaba de dicta y de la cual pues sustento en los siguientes términos:

Si bien 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, si bien al momento de dictar la sentencia, no tuvo en cuenta principio de la relatividad jurídica entendido en que Colpensiones es un tercero ajeno a estos actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP Horizonte y en razón a que pues todos sus actos jurídicos tienen efectos inter partes por la cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en relación a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada en la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por la parte demandante.

Es por ello que solicito pues al honorable tribunal sala laboral que no se condene a mi representada a recibir al actor como afiliado de nuevo al régimen de prima media pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, pues con esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en el Producto Interno Bruto y en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva preocupante en este tipo de procesos.

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 (págs. 7 a 9 «01 DEMANDA 202100057.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 9 a 11 ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia y la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS ante la AFP PORVENIR y que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, en consecuencia se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, tales como aportes obligatorios, voluntarios, bono pensional, comisiones de administración y rendimientos a que hubiere lugar; a Colpensiones a recibirla y a activar la afiliación en el RPM; a la indexación de los valores, perjuicios morales, condenas *ultra y extra petita*, más costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR el 31 de octubre de 1994, en consecuencia, condenó a la AFP devolver todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación, 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**

Le solicito a la sala que estudie de manera pues juiciosa este escenario en la cual pues la AFP Horizontes quien faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia pero Colpensiones mi representada como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en esa celebración de ese contrato del acto jurídico si la sacara Pues bien con el regreso de la parte demandante al régimen de prima media existe una alta posibilidad de ese reconocimiento pensional, lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en lo financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines. Ahora bien conforme la estipulado en el artículo segundo de la ley 797 de 2003 el cual modifica el literal E del artículo 13 de la ley 100 del 93, si bien dispuso que después de un año esa vigencia de esa presente ley el afiliado no podría trasladarse del régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, según lo anterior pues la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional y más cuando cuenta ya con una excesiva cuando ya pasó los requisitos de la pensión para otorgar esa pensión de vejez.

Por otro lado cuando se declara la nulidad e ineficacia del traslado según se advierte en las sentencias SL del 8 de septiembre de 2008 radicado 31989, SL 17595 de 2007, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 con radicado 5164 hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones es decir todo lo que tenga que ver con los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, lo que son los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración, si en ultimas señores magistrados se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media pues solicitó al tribunal condene a la AFP que incumplió en su deber legal de información pues pague a mi representada sus perjuicios económicos que ello genera para mí representada lo anterior en atención que en virtud de la teoría del daño del derecho civil quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo ha sido mi representada hoy Colpensiones, de esa manera pues dejó sustentado el recurso presentado reiterando al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que revoque el fallo proferido por el juzgado 24 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar pues absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las prestaciones incoadas en el escrito introductorio, de esta manera doy por sustentado mi recurso. Gracias su señoría».

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 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 2002³.

Así las cosas, tal como se observó en la exhibición de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la audiencia celebrada el 29 de julio de 2022 («17 AudioAudiencia29-07-2022.mp4», récord: 02:33) la demandante nació el 13 de octubre de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 01 de febrero del 2021 (Páginas 28 a 31, «01 DEMANDA 202100057.pdf»), 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 302.57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 5 años, 9 meses y 18 días (Página 72, «04 PORVENIR S.A. ALLEGA CONTESTACION.pdf»), 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.

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

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 octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1994** (Páginas 29 y 74, ibidem) por afiliación que hiciera a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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 tunc⁴, 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

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

vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ 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 HORIZONTE.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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».

“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”.

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452-2019, los siguientes apartes:

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

(...)

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

(...).

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

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

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

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.

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 accionante⁶ 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, Editora Supernova, los reunieron personal del fondo privado Horizonte donde le indicaron que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que se iban a perder los aportes que allí tenía, que era más benéfico, le indicaron que iba a tener una mejor pensión, que podían pensionarse antes, por lo cual, lo vio beneficioso y por ello tomó la decisión de firmar el formulario, pero no le dieron más información.

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 HORIZONTE, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando HORIZONTE, hoy PORVENIR, ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR (Página 34, ibidem), 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 CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) 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.

⁶ Audiencia 29 de julio de 2022, récord 17:00

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR, antes HORIZONTE, 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 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 de la aquí demandante, la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y

riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de octubre del 1994, efectivo el 1 de noviembre 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 CSJ SL12136-2014, 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 (pág. 52, ib.), 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, atendiendo las apelaciones propuestas y el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, 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 sobrevivencia⁷, 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 utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

Precisando a la recurrente PORVENIR, 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

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

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 (...).».*

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).*

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.

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.

Sobre este aspecto, 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 COLPENSIONES⁹ (Página 26, *«05 CONTESTACION DE COLPENSIONES.pdf»*), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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 CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de julio del 2022, archivo *«14AutotieneporContestadalaDemanda.pdf»*.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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

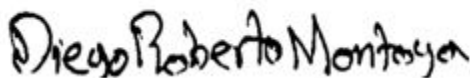
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima 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.

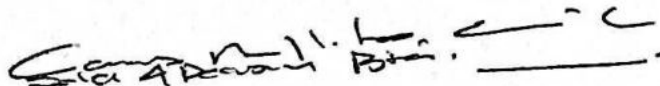
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NOHORA JAZMÍN PIÑARETE OTAVO CONTRA HERMECINDA MORENO¹ (RAD. 24 2019 00236 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2022 (Exp. Digital: «05AudioAudiencia24-03-2022.mp4», récord 48:41), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora **NOHORA JAZMÍN PIÑARETE OTAVO** y la demandada señora **HERMECENDA MORENO**, existió un único contrato de trabajo vigente entre el 12 de septiembre de 2018 y 06 de octubre de 2018, devengado como salario diario la suma de **VEINTIOCHO MIL PESOS (\$28.000.00)** por cada turno de trabajo.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada señora **HERMECENDA MORENO** a reconocer y pagar en favor de la demandante señora **NOHORA JAZMÍN PIÑARETE OTAVO** las siguientes sumas de dinero:

- **TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$32.344.00)**, por concepto de auxilio de transporte.
- **La suma de VEINTE MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MCTE (\$20.814.00)**, por concepto de auxilio de cesantías.
- **CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$166.00)**, por concepto de intereses a las cesantías.
- **VEINTE MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS MCTE (\$20.814.00)**, por concepto de prima de servicios.

¹ El proceso se inició contra LUBAN CARDENAS LOPEZ, NOHORA ISABEL HERNÁNDEZ y HERMECINDA MORENO, posteriormente se excluyeron del proceso a LUBAN CARDENAS LOPEZ, NOHORA ISABEL HERNÁNDEZ (pág. 74 « 01Demanda»).

- *SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$7.466.00), por concepto de compensación de las vacaciones».*

TERCERO.- CONDENAR a la demandada señora **HERMECENDA MORENO**, a reconocer y pagar en favor de la señora **NOHORA JAZMÍN PIÑARETE**, los aportes para pensión, desde el 12 de septiembre de 2018 hasta el 06 de octubre de 2018, que deberán ser consignados al fondo de pensiones que informe la demandante que se encuentre vinculada, o en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, así como los intereses moratorias que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, tomando como ingreso base de cotización dos cotizaciones mínimas semanales, o lo que es lo mismo 2/4 del SMLMV para cada periodo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **HERMECINDA MORENO** a pagar a **NOHORA JAZMÍN PIÑARETE OTAVO HERMECENDA MORENO** un día de salario por cada día de mora, a razón de **SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$7 466)** diarios por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 06 de octubre de 2018 y hasta que se verifique su pago.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADOS los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada señora **HERMECENDA MORENO** de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SÉPTIMO: COMPULSAR copias de la presente actuación, en especial de la audiencia que se rindió testimonio, a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para los fines que considere pertinentes, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada señora **HERMECENDA MORENO**. Líquidense por secretaría, incluyendo en ellas la suma de \$500.000, valor en que se estiman las agencias en derecho».

Inconforme con la decisión, las partes apelaron la decisión.

Con ese propósito indica la parte actora, no estar de acuerdo con los extremos laborales determinados en la sentencia, al no estar de acuerdo en señalar como inicio el 12 de septiembre 2018, fecha en la cual, la señora Hermecinda Moreno aparece como propietaria del establecimiento de comercio, debiéndose tener en cuenta, que la actividad económica ya existía previamente, tal como lo señalaran las declaraciones que hicieron los señores Yamile, Alirio y Yolanda Moreno, respecto a la existencia de la actividad económica, inclusive, antes de que la señora Hermencia apareciera como como propietaria del establecimiento de comercio, precisando, el certificado de existencia si bien es la prueba para legalizar el establecimiento, no era la prueba idónea para demostrar los extremos laborales. Precisando la existencia de un documento reconocido por parte del señor *Luban*, quien indicó que efectivamente lo había expedido, de ahí, debía entenderse la certeza de la información allí consignada, sin que fuese necesaria su ratificación ante notario, pues el mencionado señor indicó haber trabajado allí como administrador, lo cual le entrega las facultades para expedir certificaciones, tal como tenía la facultad para pagarle a los empleados.

De igual modo, expresó su inconformidad con la determinación de la remuneración mensual o remuneración diaria de la actora, pues de cara a la certificación, aportada, se indicó que devengaba un salario mensual de \$900.000 y también, en la declaración formulada por la actora indicó que efectivamente prestaba sus servicios de domingo a domingo, con un día de descanso reglamentario, con lo cual, el salario diario corresponde a la suma de \$30.000; agregando finalmente, que si se probó la existencia de la de la relación laboral, que fue mediante un contrato laboral verbal, cuyas disposiciones relacionadas con el trabajo salarial a destajo o por unidad de tiempo, debían quedar consignadas por escrito, de lo contrario, debía entenderse que quedó contratada recibiendo una remuneración mensual concreta teniendo en cuenta 30 días laborados² (Récord 58:08, ib.).

A su turno, el apoderado de la demandada señaló, si bien estaba conforme con lo relativo a la relación laboral y los extremos indicados en el primer punto de la decisión, sin embargo, no lo estaba con la orden de pagar prestaciones y demás condenas, dado que en la suma que recibía diariamente la demandante estaban incluidas sus prestaciones sociales. De modo que, si a ella se le pagó diariamente lo que le podía corresponder por prestaciones, transporte y *por lo que fuera*, dado que la suma pagada, era 3 o cuatro veces más de lo que debiera ser el salario mínimo de la época. De este modo, concluyó, no era dable fulminar condena por unas prestaciones sociales que estaban incluidas en sus pagos diarios³ (récord: 01:04:39, ib.).

² «Debo manifestar mi inconformidad con la sentencia proferida el día de hoy, en el entendido, en primer momento, porque no estoy de acuerdo con la determinación de los extremos laborales, pues si bien el Despacho fundamentó su decisión en limitar los extremos laborales y señalar como fecha de inicio de la relación a partir del 12 de septiembre 2018, fecha en la cual, la señora Hermecinda Moreno aparece como propietaria del establecimiento de Comercio, dicha apreciación debe tener en cuenta, frente a la apreciación que la juez emitió frente a esa prueba, que estamos frente a una confesión que si bien en la contestación de la demanda se indicó que si prestaba sus servicios desde ese momento, debe ser certero, en que la actividad económica sí existía para esa época. No se pueden ignorar las declaraciones que hizo la señora Yamile, que hizo el señor Alirio, que hizo la señora Yolanda Moreno, que indicaban la existencia de la actividad económica, inclusive, antes de que la señora Hermencia apareciera como como propietaria del establecimiento de comercio. Pero en últimas, ese certificado pues bien es la prueba para legalizar el establecimiento, pero jamás va a ser la prueba idónea para demostrar los extremos laborales, de cara a todo el abundante material probatorio y todas las pruebas practicadas en audiencia. Primero se reconoció el documento por parte del señor Luban, el señor Luban indicó que efectivamente lo había expedido, por lo cual se entiende que la información allí consignada es cierta y tampoco requiere ninguna clase de ratificación de la información allí consignada ante notario. También el señor Luban indicó que había trabajado allí como administrador, lo cual le entrega las facultades para expedir dichas certificaciones, pues si bien tenía la facultad para pagarle a los empleados, también tiene la facultad para para expedir dichas certificaciones sin necesidad, vuelvo indico, que sea ratificada ante algún despacho de notario o cualquier tipo de cosa. Debo también declarar la inconformidad frente a la determinación de la remuneración mensual o remuneración diaria de mi aquí representada, pues de cara a la siguiente prueba: primero también la documental que se aportó a la certificación, indicó que la señora Jazmín Piñarete devengaba un salario mensual de \$900.000. También es de indicar que en la declaración que formuló mi representada indicó que efectivamente prestaba sus servicios de domingo a domingo, casi que teniendo un día al descanso, el cual es el día de descanso reglamentario, lo cual da a entender que, pues, si bien es cierto se dijo que la remuneración era \$28.000, cara a la prueba documental su señoría, la remuneración mensual de mi representada serían de \$30.000 e cara a esto aplicando la fórmula aritmética 900.000 dividido en 30, da igual un resultado de \$30000.

Entonces, si se probó la existencia de la de la relación laboral, que fue mediante un contrato laboral verbal. Las disposiciones o el trabajo salarial a destajo o por unidad de tiempo, tienen que quedar consignadas por escrito, de lo contrario, se entiende que queda contratada su señoría y debe recibir una remuneración mensual concreta, teniendo en cuenta 30 días laborados. Su señoría, dejo sustentado el recurso... creo que le pasaré una ampliación del recurso entre los 3 días por escrito tal y conforme lo señala el Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, porque pues, finalmente debo hacer otras precisiones más de fondo, frente a la providencia hoy expedida. Entonces hasta acá dejo mi sustentación oral y le solicito doctora, que me sea concedido el recurso de apelación.».

³ «Gracias señora juez, escuchando su providencia, tengo que manifestarle que estoy conforme con el primer punto de su decisión, el cual versó en que hubo una relación laboral entre el 12 de septiembre de 2018 a 18 de octubre de 1000 no 2018. En cuanto a los numerales del

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 NOHORA JAZMÍN PIÑARETE OTAVO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda vistas a páginas 7 y 8 del archivo «01Demanda.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 6, 7 y 28, ib., aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 19 de abril del 2013 hasta el 06 de octubre de 2018, cuya terminación fue sin justa causa. En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria del art. 65 del CST, el subsidio de transporte, aportes a pensión, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con la señora HERMECINDA MORENO 12 de septiembre de 2018 y 06 de octubre de 2018, devengado como salario diario la suma de \$28.000.00 por turno de trabajo. Se condenó a este último a pagar a la demandante las acreencias laborales causadas a su favor, incluyendo auxilio de transporte, sanción moratoria y los aportes a pensión con sus intereses. Lo anterior, tras considerar que, con las pruebas recaudadas, 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, sin embargo, no lo fue en los extremos indicados en la demanda y además fue por turnos de dos días

1 al 6, me permito presentar al despacho recurso de apelación para ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Distrito de Bogotá, porque es que el contrato que se declara que existió, también en la argumentación quedó claro que se trataba de un contrato por obra o días realizada por turno y también el acervo probatorio fue elocuente, en el sentido de que la suma que la señora demandante recibía diariamente, allí estaban incluidas, digamos en este mes, que tuvo relación en sus emolumentos, allí estaban incluidas sus prestaciones sociales a que tenía derecho diariamente. Entonces, las condenas del uno a la seis, tienen que ver con el mes de trabajo, luego si a ella se le pagó diariamente, se le pagaba lo que le podía corresponder por sus prestaciones, por transporte, por lo que fuera, porque es que de la suma que se le pagaba, eso eran 3 o cuatro veces más de lo que debiera ser un salario mínimo de la época. Entonces mi inconformidad la propongo para que sea desatada en el Tribunal del numeral segundo al numeral sexto, porque no puede desconocerse la eficacia, la conducencia y la pertenencia del acervo probatorio, que quedó absolutamente claro, sin ninguna duda, que, a ella en su monumento, diario se le pagaba a cualquier derecho que tuviera prestaciones sociales. Entonces mal podría en este fallo, aceptar o admitir que en los 30 días o en el mes que trabajo, que calcula la señora juez que trabajaría 12, dos días semanales, pudiera establecerse estos montos por prestaciones sociales. No puedo estar de acuerdo con el numeral segundo al sexto, por las razones ya expuestas y en atención a la sustentación, pues me atengo a que una vez el Tribunal admita el recurso, lo jurídico es que al admitirlo concede el término a las partes para allí sustentar el recurso. Entonces será allí donde profundizó, sin embargo, queda bastante clara la inconformidad, que no puede condenarse a unas prestaciones sociales que estaban incluidas en sus pagos diarios. Eso quedó demostrado plenamente en el acervo probatorio. Con esos argumentos dejo sustentado el recurso y será ante el Tribunal donde profundizó un poco más. Muchas gracias señora juez».

a la semana, dado que no se demostró con precisión la prestación personal de servicios de la actora en periodos anteriores a la Constitución del Establecimiento de Comercio de propiedad de la demandada, Panadería El Sembrador, como lo indica la demandante, esto es, a partir del año 2013, pues según las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia si la panadería no estaba constituida legalmente antes del 12 de septiembre 2018, no podía la convocada al juicio ser propietaria de un establecimiento que no existía, ni ser responsable bajo ningún escenario de acreencias laborales que se hubieran generado con anterioridad a dicha fecha, falencia probatoria que no se superaba ni aún con la confesión que se encuentra en la contestación de la demanda al aceptarse de forma genérica y exigua la prestación personal de servicios, de manera diaria sin determinar a favor de que persona natural o jurídica se materializó. Sin admitir la tesis de tratarse de una empresa familiar que funciona desde 2013 y que fuera adquirida por la demandada en el año 2018. Tampoco dio crédito a la certificación laboral allegada por la demandante, pues estaba suscrita por una persona distinta a la demandada, de la cual tampoco podía inferirse qué tipo de negocios funcionaba antes de la constitución de la Panadería el Sembrador.

Respecto al salario, precisó que al haberse demostrado que la actora prestaba sus servicios por turnos, una o dos veces a la semana, la remuneración fijada correspondió remuneración la suma \$28.000 por cada turno realizado, conforme a la confesión que se efectuó en la contestación de la demanda, no logrando la demandante demostrar que percibía una remuneración distinta a la que relaciona la accionada.

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 HERMECINDA MORENO, por lo menos, entre el 12 septiembre 2018 al 6 de octubre de 2018. 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 de la accionante versa sobre el extremo inicial fijado por la *a quo* en el vínculo señalado, ya que, para la recurrente por activa, en el plenario está acreditado que el contrato inició el 19 de abril del año 2013, no desde el 12 de septiembre del año 2018 como se concluyó en la instancia.

Sobre el asunto, se asevera por parte del accionante que los medios de prueba aportados dan cuenta que la demandante prestó sus servicios en favor de la demandada con anterioridad a la fecha en que se registró el establecimiento de comercio Panadería el Sembrador, de propiedad de la demandada, 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 incorporó una certificación laboral expedida por el señor LUBAN CARDENAS LOPEZ el 25 de julio de 2018 (pág. 12 «01Demanda.pdf»), en los siguientes términos:

A través de la presente **CERTIFICO** que la señora **NOHORA JAZMIN PIÑARETE OTAVO** identificada con Cédula de ciudadanía número 1.019.016.134. Labora para mí desde el 19 de abril del año 2013 a la fecha.

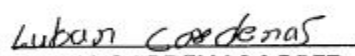
Tiene un contrato a término indefinido, devengando un salario mensual de **\$900.000 (NOVECIENTOS MIL PESOS M/CTE.)**. Desempeñándose en **ATENCIÓN AL CLIENTE, CAJERA - MESERA**

Tiempo en el cual se ha caracterizado por ser una persona honesta, responsable y cumplidora con sus deberes.

La presente se expide a solicitud de la interesada, para los fines que crea convenientes.

Dada en Bogotá D. C., a los veinticinco (25) días del mes de julio del año 2018.

Cordialmente,


LUBAN CARDENAS LOPEZ
C. C. N° 949.037

De igual modo, la actora aportó la siguiente certificación firmada por varias personas (págs. 30 a 33, ib.):

Yo, NOHORA JAZMIN PIÑARETE OTAVO, identificada con cedula de ciudadanía No. 1.019.016.134 de Bogotá D. C, Trabaje desde el 19 de abril del año 2013 hasta el 06 de octubre del año 2018, para la PANADERÍA EL SEMBRADOR ubicada en la calle 129 No. 89B - 51 en el barrio Suba Rincón en los horarios de: 6:00 am - 2:00 pm, - 2:00 - 11:00 pm, Horario Completo 6:00 am - 11:00 pm. De lunes a domingos incluyendo Festivos.

Nombre Jorge Alvarez C. C. No. 80503951 Celular: 3057383844

De entrada, de las dos certificaciones en modo alguno puede derivarse que la actora efectivamente prestase sus servicios en favor de la accionada en los términos indicados en la demanda, nótese que la primera de las certificaciones se encuentra expedida por un tercero frente que no demuestra relación alguna con la señora Moreno, mucho menos se indica allí que sea su administrador o administrador del establecimiento de comercio Panadería el Sembrador, es más, nótese que indica con claridad que la actora «*Labora para mí desde el 19 de abril del año 2013 a la fecha*», por tanto lo allí consignado a lo sumo, obliga al mencionado señor no a la señora demandada.

Lo mismo ocurre con la consiguiente certificación, fabricada por la actora, pues a motu proprio indica que labora para la mencionada panadería en los extremos allí indicados, empero ello, de manera pura y simple, no puede ser atendido a su favor, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba, sin que el hecho de estar firmado por terceros le otorgue validez a su propio dicho.

No obstante, lo anterior, verificada la contestación de la demanda allí se admite de entrada y a lo largo de la contestación de la demanda, que la hoy demandante sí le prestó sus servicios a comienzos del año 2013, así:

a). - Afirma mi representada, que cuando ella adquirió a comienzos del año 2013, la propiedad de la Panadería EL SEMBRADOR R., por compra a la señora YOLANDA MORENO, la aquí demandante, ya prestaba sus servicios en el mencionado establecimiento de comercio, trabajando solo por turnos diarios, unas veces, de seis (6) de la mañana a dos (2) de la tarde y otras veces de dos (2) de la tarde a once (11) de la noche.

b).- Que al entesarse la demandante del cambio de propiedad del establecimiento de comercio, le pidió a la nueva dueña, que la dejara hacer los mismos turnos que venia haciendo, en las mismas condiciones anteriores, y es así como unos días después, mi representada le comenzó a dar la oportunidad de trabajar por turnos, en el mismo horario anterior, pero no todos los días, sino cada que la aquí demandante podía ir a hacer el turno, que ella misma escogía, bien fuera el de la mañana o el de la tarde.

c).- Que el acuerdo verbal, para que la demandante hiciera turnos esporádicos en la Panadería el SEMBRADOR R., lo hizo mi poderdante, pues las otras personas aquí demandadas, NUNCA han celebrado acuerdo alguno de trabajo con la demandante, por que estas personas, han sido vinculados con la mencionada panadería, para hacer turnos, unas veces en

En ese sentido, precisó que la demandante en efecto sí laboró en su favor para los años 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, con lo cual es preciso indicar la presunción de que tal prestación personal del servicio admitida por la accionada, 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, iterándose que lo fue en el interregno que reclama la parte actora; desde luego que no tienen incidencia alguna en ese aspecto, el hecho de la inscripción en el registro mercantil del establecimiento de comercio para el mes de septiembre del año 2008, pues es claro que la demandada admite que era propietaria del mismo y desarrollaba tales actos de comercio tal como lo prevé el artículo 13 del Código de Comercio y en todo caso, también se admite que contrató a la actora para desarrollarlo.

Circunstancias que, en todo caso, no fueron desvirtuadas y la parte accionada tampoco hizo esfuerzo alguno en refutarlas, porque, se insiste, su defensa la erigió únicamente en que, a pesar de haber existido el contrato de trabajo en los periodos indicados, sufragó todos y cada unas de las prestaciones y acreencias que de él derivaron, verbigracia, del acápite de excepciones vale la pena extractar lo que al punto reiterativamente señaló⁴:

De otra parte, las prestaciones sociales a que tuvo derecho la trabajadora, durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente con mi representada, le fueron canceladas en tiempo, recibidas por la demandante a entera satisfacción.

No existió ni existe alguna prestación laboral por cualquier concepto, que se haya dejado de pagar a la trabajadora, por eso no le existe ninguna razón a la actora para haber acudido a la jurisdicción laboral, pretendiendo cobrar obligaciones inexistentes a su favor y a cargo de mi representada. Es decir que se estructura la falta de causas para demandar.

Igualmente resulta indebido el cobro de indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, que la demandante pretende a su favor, pues es del caso repetir que, todas las prestaciones sociales, causadas por los turnos trabajados por la demandante, se le iban pagando diariamente junto con el valor del turno trabajado.

Así es que a la demandante, mi representada no le quedo debiendo suma alguna por algún concepto, horas extras y recargos nocturnos, estos conceptos se los reconocía la empleadora, al término de cada turno diario.

⁴ Páginas 52 a 54 del archivo «01Demanda.pdf»

En este ambiente, resulta propicio comentar que la señora NOHORA JAZMIN PIÑARETE OTAVO, dejó del lado este principio general del derecho, pues se apartó de un actuar acorde con esta regla especial y pretende utilizar la administración de justicia con miras a, mediante el engaño defraudar el patrimonio de mi patrocinada, pretendiendo cobrar PRESTACIONES SOCIALES, HORAS EXTRAS, RECARGOS NOCTURNOS, AUXILIO DE TRASPORTE, IDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOOCIALES E INDEMNIZACION POR DESPODO INJUSTIFICADO, y cuanto se le ha ocurrido en la demanda, rubros estos que le fueron satisfechos por mi representada, en su debida oportunidad. Tales argucias son un fraude a la jurisdicción con miras a que se le reconozcan unas obligaciones inexistentes, por haber sido pagadas todas estas a cabalidad.

Lo resaltado es de la Sala.

De este modo, no resistía mayor análisis el hecho de que la demandada admitió la contratación laboral con la actora, incluso en los extremos precisados desde el líbello inicial, razón por la cual debe inexorablemente modificarse la sentencia de primer grado en este puntualísimo aspecto.

Ahora bien, en lo que respecta al modo en que prestó el servicio la demandante, esto es, si fue por turnos de dos días a la semana como lo concluyó la juez a quo o si, por el contrario, como lo indica la parte actora en la alzada, al haber sido un contrato de carácter verbal, debía entenderse a falta de estipulación escrita que era diario, para lo cual, estimó que la prueba de ello podía extraerse de lo indicado por la misma demandante en su declaración de parte. Argumentos que desde luego no tienen asidero alguno, en tanto que la falta de estipulación escrita no conlleva necesariamente deba tenerse por sentada la prestación del servicio como continua, dado que, tal circunstancia ha debido probarla la parte interesada, en tanto y en cuanto, la parte accionada sí admite la prestación personal del servicios pero bajo una modalidad de turnos, aspecto que además se corrobora con la prueba testimonial recaudada de los señores JOSÉ ALIRIO ARÉVALO, YOLANDA MORENO Y LUBAN CARDENAS LÓPEZ, quienes al margen de las contradicciones en que incurrieron al rendir testimonios en otros aspectos no relevantes en esta instancia, en este puntual aspecto, al unísono señalaron que tanto ellos como la actora prestaban el servicio en el establecimiento de comercio por turnos.

Desde luego, que lo dicho por la señora Yamileth Díaz no tiene la entidad suficiente para concluirse que las labores las desarrolló de lunes a domingo como lo indica la actora en su declaración de parte, dado que, por un lado admitió que no le consta de manera directa tal hecho, sino porque se lo contaba la demandante, pues las hijas de ambas estudiaban juntas y por el otro, porque ella sólo la veía las veces

que pasaba por ahí, pero en todo caso indicó no saber con precisión cómo eran esos turnos, ni supo indicar desde cuando, en suma su conocimiento deriva de lo que la misma demandante le decía, razón por la cual no es posible extraer de ahí la prestación continua y diaria como lo sugiere la parte actora y menos aún, de lo dicho por la actora, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba.

Así las cosas, debe acogerse lo determinado por la juez a quo, aspecto no discutido por la accionada, que la prestación del servicio se dio por espacio de dos días a la semana, es decir, ocho días al mes. Precizando respecto al salario también fijado por la a quo, que no es posible como lo pretende el recurrente por activa, derivarlo de la certificación mencionada al inicio de estas consideraciones, por las mismas razones allí indicadas, esto es, no proviene de la demandada; más aún, cuando la misma actora confesó que en su declaración de parte que le pagaban \$28.000 por turno, valor que coincide igualmente con el confesado en la contestación de la demanda, al menos, para los años 2017 y 2018, de ahí que debe confirmarse lo decidido en este aspecto por lo menos a la fecha de finalizarse el contrato, pues ese fue el valor que se calculó en primera instancia para el año 2018; para los restantes, es preciso señalar, la misma accionada confesó en la contestación a la demanda⁵ los valores devengados desde el 2013 así:

2013: \$20.000
2014: \$22.000
2015: \$25.000
2016: \$28.000
2017: \$28.000

Con relación a la apelación presentada por el extremo demandado, relacionada con que en el valor pagado diariamente se encontraban incluidas las prestaciones sociales y demás obligaciones derivadas del contrato de trabajo, encuentra la Sala que tal aseveración se encuentra acéfala de prueba, pues no se aportaron elementos demostrativos en tal sentido, ni siquiera los testimonios dieron cuenta de acuerdo alguno entre la actora y la accionada en ese sentido, por tanto, salvo por las manifestaciones de la parte accionada, no es posible concluir que dentro del valor percibido diariamente por la demandante estaban incluidas sus prestaciones sociales.

⁵ Págs. 41 y 42, ibidem.

En ese orden de ideas, deben modificarse los valores objeto de condena calculándolos conforme a los extremos labores en que se desarrolló la relación, esto es, por el lapso comprendido entre el 19 de abril del 2013 y el 06 de octubre de 2018, para lo cual ha de señalarse, que respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 29 de marzo de 2016 se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo⁶, como quiera que la demanda fue interpuesta el 29 de marzo de 2019 (pág. 15, ib.) con excepción de las cesantías que se hicieron exigibles al momento del finiquito del vínculo, ni el pago de aportes a pensión, dada su incidencia en el derecho pensional que resulta imprescriptible y por ende, ninguno de los dos conceptos están afectados por el fenómeno la prescripción.

Ahora bien, precisa esta Corporación en tratándose de trabajadores que laboran por días, para efectos de realizar el cálculo de las prestaciones adeudadas se toma en consideración la vigencia del contrato, variando únicamente en relación al salario mensual tomado en consideración, el cual se obtendrá de multiplicar el número de días laborados en el mes por la remuneración del día de trabajo, en otros términos, se tiene que las fórmulas y el procedimiento a aplicar son las mismas empleadas para los trabajadores que laboran el mes completo, lo que cambia es sólo el salario base que dependerá de los días efectivamente laborados en el mes.

En este sentido, se calcularán las prestaciones y demás acreencias concedidas en primera instancia, teniendo en cuenta un total de 8 días al mes (dos días a la semana) como efectivamente laborados sumando al mes lo devengado diariamente, conforme a lo cual, la demandada le adeuda a la demandante los siguientes conceptos:

<i>Auxilio Cesantías</i>	<i>\$ 296.106,67</i>
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	<i>\$ 4.473,96</i>
<i>Prima de Servicios</i>	<i>\$ 150.496,89</i>
<i>Vacaciones</i>	<i>\$ 102.706,11</i>
<i>Aux transporte</i>	<i>\$ 772.649,60</i>
<i>Total, Liquidación</i>	<i>\$ 1.326.433,23</i>

Todo lo anterior, según la liquidación efectuada por el actuario asignado a esta Corporación por parte del Consejo Superior de la Judicatura y que hace parte integral de la presente decisión.

⁶ Excepción propuesta oportunamente por la accionada y, por auto del 25 de mayo de 2022, se tuvo por contestada la demanda (págs. 54 y 74 del archivo «01Demanda.pdf»).

De igual modo, debe modificarse lo atinente al pago de los aportes a seguridad social en pensiones, en los extremos laborales antes indicado, que pese a no haber sido objeto de alzada, es menester indicar, la señora MORENO estaba en obligación de afiliar a la trabajadora hoy demandante y efectuar las cotizaciones al sistema de pensiones, sin que al caso interese el que la actora laborara solo por dos días a la semana o incluso que percibiera menos de un salario mínimo mensual, lo anterior, en los términos que ordenó la juez a quo y, como ya se dijo sin que estén afectados por la prescripción.

En los demás aspectos de la sentencia, al no haber sido objeto de alzada se mantendrán incólumes.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación 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: MODIFICAR el ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el contrato de trabajo entre las partes se desarrolló entre el 19 de abril de 2013 y el 06 de octubre de 2018, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido precisar que los valores objeto de condena corresponden a los siguientes:

<i>Auxilio Cesantías</i>	<i>\$ 296.106,67</i>
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	<i>\$ 4.473,96</i>
<i>Prima de Servicios</i>	<i>\$ 150.496,89</i>
<i>Vacaciones</i>	<i>\$ 102.706,11</i>
<i>Aux transporte</i>	<i>\$ 772.649,60</i>

Lo anterior, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

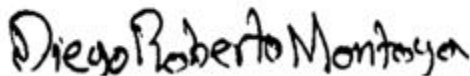
TERCERO: MODIFICAR el ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido precisar que condena por aportes a pensión en los términos allí indicados, van desde el 19 de abril de 2013 hasta el 06 de octubre de 2018, conforme con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

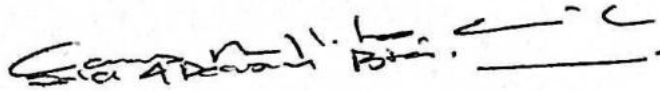
QUINTO: Confirmar la sentencia apelada en lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDGAR CAMILO CASTILLO GONZÁLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 23 2022 00208 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 propuesto por la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 04 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «AUDIENCIA EXP. 023-2022-00208-20220804_093515-Grabación de la reunión.mp4», récord 22:24), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que el señor demandante **EDGAR CAMILO CASTILLO GONZÁLEZ**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 24 de julio de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a PAGAR al señor demandante las mesadas pensionales causadas entre el 24 de julio de 2019 al 31 de mayo de 2021, teniendo en cuenta como mesada el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Mesadas pensionales que deben ser reconocidas al señor demandante y sobre las cuales, se autoriza los descuentos a salud.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada **COLPENSIONES** de las demás pretensiones de la demanda.

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

QUINTO: CONDENA en costas a **COLPENSIONES**.

SEXTO: SE ORDENA surtir grado jurisdiccional de consulta».

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación parcial, en lo que refiere al no reconocimiento de los intereses moratorios, para lo cual, expuso que con la revisión total del expediente pensional, se podía verificar la solicitud efectuada respecto de un nuevo estudio de la retroactividad, en donde se aportó también la misma certificación que obra dentro del expediente, sin embargo, en respuesta Colpensiones emitió la resolución que se aportó con la reforma de la demanda, la SUB40770 del 14 de febrero del 2022, dónde se establece que en efecto se hizo un radicado previamente, pero declara la pérdida de competencia, es decir, simplemente se aparta de emitir un pronunciamiento como tal en su resolución, a la espera a que sea un Juez Laboral, quien de la respuesta a esa solicitud. Por tanto, explicó no comparte la postura en el sentido de que no se aportó documental a Colpensiones, pues sí aportó certificación, de tal modo solicita se revoque el aparte pertinente en cuanto a los intereses moratorios, toda vez que los mismos sí se causaron, toda vez que la misma jurisprudencia laboral ha establecido que, ningún tipo de estas circunstancias debe obrar en contra del afiliado, toda vez que los intereses moratorios se causan por el simple retardo en el pago de estas prestaciones, sin que obre buena o mala fe en el reconocimiento prestacional¹ (Exp. Digital: «AUDIENCIA EXP. 023-2022-00208-20220804_093515-Grabación de la reunión.mp4», récord 22:24).

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

CONSIDERACIONES

¹ «Gracias su señoría, por el uso de la palabra. Muy respetuosamente me aparto de su pronunciamiento en lo que refiere al no reconocimiento de los intereses moratorios y me permito presentar recurso de apelación en contra de esta decisión, para que los honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revisen esta decisión, lo anterior en unas básicas consideraciones y es en lo que tiene que ver con la revisión total del expediente pensional, que pues aportó Colpensiones en su momento y, es en donde obra radicado, el número es el 2021-12865070, en este radicado se puede verificar que se solicitó un nuevo estudio de esta retroactividad, en donde se aportó también la misma certificación que obra dentro del expediente, en donde consta la firma específicamente del funcionario quien emite pues dicho certificado y es así que conforme se radica esta petición, que es el radicado que acaba de mencionar, que en respuesta a ese radicado Colpensiones emite la resolución que se aportó con la reforma de la demanda, que reiteró, es la SUB40770 del 14 de febrero del 2022, en dónde de manera clara establece que en efecto se hizo un radicado previamente, de igual manera, indican qué es el 2021-1285070, en dónde se solicita el reconocimiento de la retroactividad invocada, en donde pues se aporta la documental, no obstante, Colpensiones lo que hace es declarar la pérdida de competencia, es decir, simplemente se aparta de emitir un pronunciamiento como tal en su resolución, simplemente espera a que sea un Juez Laboral quien de la respuesta a esa solicitud. Por tanto, pues muy respetuosamente le reitero a usted su señoría no comparto su postura en el sentido de que no se aportó documental a Colpensiones, aportando dicha certificación, por el contrario, si se hizo conforme lo que antes se expuso y bajo esta motivación muy respetuosamente solicito a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se sirvan revocar el aparte pertinente en cuanto a los intereses moratorios, toda vez que los mismos sí se causaron, toda vez que la misma jurisprudencia laboral ha establecido que, pues inclusive, ningún tipo de estas circunstancias debe digamos que obrar en contrario del afiliado, toda vez que los intereses moratorios se causan por el simple retardo en el pago de estas prestaciones. No debe obrar, reiteró, ni buena ni mala fe en el reconocimiento prestacional. Entonces, bajo esos argumentos dejó sentado a mi recurso. Gracias señoría».

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones elevadas en el escrito de subsanación de la demanda («001. ExpedienteOrdinario202100713_pagenumber.pdf», páginas 4 y 5), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las (páginas 3 y 4 ibidem), dirigidas principalmente a que se le cancele el retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 04 de julio de 2019 y el 30 de mayo de 2021, esto es, desde el momento del cumplimiento de los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos *ultra y extra* petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez desde el 24 de julio de 2019 hasta el 31 de mayo de 2021, teniendo en cuenta como mesada el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, e igualmente autorizó a la demandada a descontar los aportes a salud. Lo anterior tras estimar, que conforme al certificado expedido por la NUEVA EPS el 7 de julio del 2021 y aportado a la demanda, podía establecerse que la parte demandante recibió por incapacidad temporal hasta el 10 de marzo del 2019, por lo que era posible disponerse el pago de la pensión por invalidez a partir del 24 de julio del 2019 y hasta el 31 de mayo del 2021, día anterior a la fecha del reconocimiento de la prestación económica; lo anterior teniendo en cuenta que frente al certificado de incapacidades aportados con la demanda, no se presentó inconformidad alguna por parte de la demandada, como el desconocimiento de tacha frente al mismo.

Respecto a los intereses moratorios, precisó, si bien existe mora en el reconocimiento de las mesadas pensionales, lo cierto era que al verificarse el expediente administrativo del demandante y al analizar la contestación realizada por Colpensiones, era posible concluir que la demandada en ningún momento había sido renuente al reconocimiento de la pensión por invalidez, cosa diferente era que no accedió a dicho reconocimiento a partir del 24 de julio de 2019, por considerar que el certificado de incapacidad expedido el 19 de octubre del 2020, no contaba con firma digital, ni sello de funcionarios; precisando, únicamente el certificado que se aporta con la demanda se encuentra debidamente firmado y era conforme al cual era posible tener certeza de que el demandante tiene derecho al pago de la pensión desde la fecha de estructuración, pero ese documento no había sido allegado a Colpensiones. Frente a la excepción de prescripción adujo no se encontraba probada pues desde la data que se hizo exigible el derecho en el 2019, el reclamo

efectuado el 13 de abril de 2021 y la presentación de la demanda el 20 de septiembre de 2021, no transcurrieron los tres años a que hace referencia la ley laboral.

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

Pues bien, lo primero que debe advertirse es que no es motivo de controversia en esta instancia que el actor cumplió con los requisitos para obtener la pensión de invalidez pues así fue establecido por la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, mediante la Resolución SUB 134972 del 04 de junio del 2021 (Páginas 14 a 20, «001. ExpedienteOrdinario202100713_pagenumber.pdf»), lo anterior, teniendo en cuenta que dicha entidad calificó al actor con una pérdida de capacidad laboral del 50.12%, con fecha de estructuración, 24 de julio de 2019, no obstante, el disfrute de la prestación se concedió a partir del 01 de junio de 2021, tras considerar lo siguiente:

Ha de tenerse en cuenta que, respecto de la certificación expedida por NUEVA EPS., el día 25 de julio de 2020, no se evidencia firma digital, ni sello de funcionario que se comprometa jurídicamente, de conformidad con el concepto BZ 2016_5976661 del 10 de junio de 2016, expuesto en precedencia, razón por la cual, no es procedente el pago del retroactivo pensional.

Así las cosas, una vez allegue los Certificados del pago de Incapacidades expedidos por SURA EPS, y que a su vez cumpla con los requisitos anteriormente expuestos, esta entidad procederá a la reliquidación y/o retroactivo que en Derecho corresponda.

Las semanas tenidas en cuenta para el estudio de la prestación contenida en el presente acto administrativo, son tenidas en cuenta hasta la fecha de la estructuración de la Invalidez

De lo anterior y para resolver el problema planteado en esta litis, se tiene entonces que el principal motivo para no acceder al reconocimiento de las mesadas pensionales desde la fecha de estructuración, esto es, desde el 24 de julio de 2019, correspondió al hecho de no haberse aportado en debida forma el respectivo certificado de incapacidades debidamente firmado por la EPS del demandante, es decir, que si bien se aportó al trámite pensional, no se tenía certeza de su autenticidad en los términos del artículo 28 de la Ley 527 de 1999 .

Pues bien, es menester recordar el artículo 40 de la ley 100 de 1993², establece, «la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado» la cual en el presente caso corresponde al 24 de julio de 2019, conforme se determinó en el dictamen emitido por Colpensiones (páginas 22 a 26, ib.).

No obstante, lo anterior, el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por disposición del artículo 31³ de la Ley 100 de 1993, prevé:

«ARTÍCULO 10. DISFRUTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio. [...]».

Al tenor de la disposición normativa en cita, mientras se disfruta del pago de incapacidades laborales no se puede reconocer el pago de las prestaciones derivadas de la invalidez, es decir, existe una incompatibilidad entre el auxilio por incapacidad y la mesada pensional.

En consonancia con lo expuesto, revisado el acervo probatorio vertido en autos se encuentra que al demandante le fueron expedidas incapacidades (pág. 27, ib.), así:

DETALLE DE INCAPACIDADES								
Número Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Término	Origen	Código Diagnóstico	Duración	Clasificación	Valor Pagado	IBC
0 - 24249065	03/12/2018	04/12/2018	ENFERMEDAD GENERAL	M545	2	INICIAL	0	0
0 - 24780953	07/03/2019	10/03/2019	ENFERMEDAD GENERAL	H118	4	INICIAL	59,901	828,116

² ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:
a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y
b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.
La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.
En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.
La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. Negrilla fuera del texto

³ ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.
Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley. (Negrilla y subrayas de la Sala)

En esa medida, al haberse expedido la última incapacidad hasta el 10 de marzo de 2019, es claro que, resulta procedente el pago del retroactivo a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, a partir del 24 de julio de 2019, pues para esa data ya no se encontraba disfrutando del subsidio por incapacidad, tal como lo concluyó el juez de primera instancia. De modo que se confirmará este puntual aspecto de la decisión.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones⁴ y objeto de revisión en el grado jurisdiccional de consulta ante esta instancia, se tiene que en el presente asunto el derecho al retroactivo pensional del demandante se hizo exigible el 24 de julio del 2019, el reclamo pensional se efectuó el 13 de abril de 2021 y la demanda fue presentada el 20 de septiembre 2021 (págs. 12, 14 y 28 ib.), por lo que no se configuraron los efectos de la prescripción, en los términos de que tratan los artículos 448 del CST y 151 del C.P.L. y S.S., como quiera que no transcurrieron, los 3 años, de que tratan dichas normas.

Por ende, es claro que procede el reconocimiento del retroactivo pensional reclamado, a partir del **24 de julio de 2019 y hasta el 31 de mayo del 2021** (como quiera que Colpensiones lo incluyo en nómina a partir del 1° de junio del 2021).

En ese orden, se procederá a adicionar la decisión de primer grado en el sentido de concretar el retroactivo pensional, en el periodo anteriormente señalado, teniendo en cuenta como mesada pensional el salario mínimo de cada anualidad, pues así fue dispuesto en el acto reconocedor del derecho y con 13 mesadas anuales al haberse causado con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, obteniendo esta Corporación una suma adeudada de **\$21.115.992:**

CALCULO DEL RETROACTIVO DE MESADAS				
DESDE	HASTA	No. MESADAS	VALOR MESADA	RETROACTIVO
24/07/2019	31/12/2019	6,23	\$ 828.116	\$ 5.161.923
1/01/2020	31/12/2020	13,00	\$ 877.803	\$ 11.411.439
1/01/2021	31/05/2021	5,00	\$ 908.526	\$ 4.542.630
TOTAL, RETROACTIVO DE LAS MESADAS				\$ 21.115.992

⁴ Desde la contestación de la demanda en la audiencia celebrada el 02 de mayo de 2022, siendo admitida en la misma diligencia. Se recuerda que el presente proceso inició como un proceso de única instancia y se declaró por parte del Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales, la falta de competencia en razón de la cuantía (Archivo «019. Audiencia2Mayo2022.mp4», min. 38:51 y 52:06).

En relación con los intereses moratorios, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó en precedencia, la norma que rige la pensión reconocida a la parte demandante es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «(...) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)»⁵.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios⁶ de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante⁷, criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020⁸, en la que precisó:

«(...)

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

⁵ Sentencia SL1681 de 2020.

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

⁷ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁸ En la cual hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

En el asunto, el demandante reclamó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 13 de abril de 2021, dándose trámite y respuesta por medio de la resolución SUB 134972 del 04 de junio de 2021; sin embargo, no se accedió a la retroactividad de las mesadas causadas a esa fecha, como ya se ha visto, en razón a que no se aportó en debida forma el certificado de las incapacidades emitido por la EPS del accionante, dado que no estaba suscrito ni sellado por funcionario alguno de la entidad de salud, de modo que no podía verificarse la autoría ni a quien comprometía jurídicamente tal documento, el cual en efecto, verificado el expediente administrativo se aportó de la siguiente manera:

EPS 

BOGOTÁ, 19 de octubre de 2020

Señor(a)
EDGAR CAMILO CASTILLO GONZALEZ
CR 2 # 31 28 SUR

Asunto: Historial de Incapacidades

En atención a su solicitud, cordialmente le informamos sobre las incapacidades que se registran en nuestro sistema.

INFORMACIÓN DEL AFILIADO	
NOMBRES Y APELLIDOS	EDGAR CAMILO CASTILLO GONZALEZ
IDENTIFICACIÓN	1023911677
INFORMACIÓN DE DÍAS ACUMULADOS POR INCAPACIDAD - ENFERMEDAD GENERAL	
INICIO DE INCAPACIDADES	jueves 07 de marzo de 2019
TOTAL DÍAS ACUMULADOS	CUATRO (4) días
INGRESO BASE DE COTIZACIÓN REPORTADO AL INICIO DE LAS INCAPACIDADES	OCHOCIENTOS VEINTE Y OCHO MIL CIENTO DIECISEIS (\$ 828,116) pesos

DETALLE DE ACUMULADOS		
Número Incapacidad Inicial	Fecha Inicio Acumulado	Duración Acumulado

DETALLE DE INCAPACIDADES									
Número Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Término	Origen	Código Diagnóstico	Duración	Clasificación	Valor Pagado	IBC	
0 - 24249095	03/12/2018	04/12/2018	ENFERMEDAD GENERAL	M545	1	2 INICIAL	0	0	
0 - 24780953	07/03/2019	10/03/2019	ENFERMEDAD GENERAL	H11B	4	INICIAL	59.901	828,116	

Es importante anotar que de acuerdo con la normatividad vigente las EPS liquidan las incapacidades con origen enfermedad general hasta 180 días.

Cordialmente,

PRESTACIONES ECONÓMICAS

Transcriptor: VELFI KATHERINNE ZAPATA TAMAYO

Circunstancia que efectivamente, no daba certeza sobre su autor y por ende de la autenticidad de dicho documento en los términos del artículo 7 de la ley 527 de 1999⁹, es decir, de ese documento no es posible establecer o presumir de quien proviene o que haya sido emitida por funcionario competente de la EPS SURA, contario al certificado que se aportó con la demanda de fecha 07 de julio de 2021, que sí cuenta con firma de funcionario de dicha entidad promotora de salud y que no fue objeto de debate por Colpensiones (pág. 27, 001. «ExpedienteOrdinario202100713_pagenumber»); de modo que la negativa de Colpensiones en ese momento de abstenerse de conceder retroactivamente la prestación se fundó en dicha disposición legal, de ahí que no haya sido caprichoso

⁹ ARTÍCULO 7°. Firma. Reglamentado por el Decreto 2364 de 2012. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

tal actuar, lo hace que no sea procedente el pago de intereses moratorios, con lo cual se resuelve la apelación propuesta por la parte actora, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

En subsidio de lo anterior, es importante señalar que para la calenda en la que se pague dicho retroactivo, 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 CSJ SL359 de 2021, reiterada en la CSJ SL859-2021. 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).

Así las cosas, es procedente la indexación del retroactivo pensional objeto de condena, por tanto, debe modificar la decisión.

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 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,

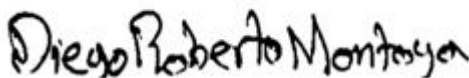
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado entre el 24 de julio del 2019 al 31 de mayo del 2021 asciende a la suma de **\$21.115.992**, el cual deberá ser pagado de manera indexada, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

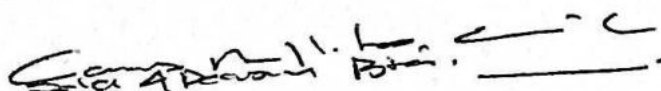
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NOHORA ELENA QUINTERO MAHECHA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 23 2021 00489 02)

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., Y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 03 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «AUDIENCIA EXP. 023-2021-00489-20220803_093932-Grabación de la reunión.mp4», récord: 1:08:59), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante NOHORA ELENA QUINTERO entre el Régimen de Prima Media administrado hoy por COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la AFP PORVENIR y como consecuencia lógica, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también el traslado efectuado entre administradoras del régimen de ahorro individual, el realizado hacia SKANDIA conforme lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir a la señora demandante y recibir todos los valores correspondientes a **SKANDIA** y **PORVENIR** y a la señora demandante, para abonarlos al fondo común que administra esta entidad y convalidar la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas para considerarla sin efectos de solución de continuidad afiliada a este régimen.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar todos los valores recibidos durante la afiliación que estuvo la señora demandante a dicho fondo y trasladarlos junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se deben de trasladar de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago y entregarlos a **COLPENSIONES**.

PARÁGRAFO: Como dijimos en la parte considerativa, autorizamos como único descuento los dineros transferidos a la **AFP SKANDIA** con ocasión a la solicitud de traslado solicitada de acuerdo con lo pretendido por la demandante, los dineros que **SKANDIA** debe trasladar también se deben trasladar de forma indexadas y no lo manifesté en su momento.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a **NOHORA ELENA QUINTERO MAHECHA** la prestación por vejez, conforme lo previsto en el artículo 33 ley 100 del 93 modificado por el artículo 9°, Ley 797 del 2003, quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones a pensión. Por lo que la prestación se pague en razón de 13 mesadas pensionales anuales, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas establecidas en el artículo 21 de la ley 100 del 93, es decir, se deberá calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales cotizo la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, para la tasa de reemplazo deberá acudirse a las previsiones del artículo 34 de la ley 100 del 93.

QUINTO (sic): ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

SEXTO (sic): Grado de jurisdicción se concede a favor de COLPENSIONES».

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

Así, en primer lugar, **PORVENIR** apeló la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al **RAIS**, así como las condenas impuestas en contra de la dicha **AFP**, precisando, 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 el año 1998, 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 Horizonte una información necesaria, clara y suficiente sobre las características del régimen de ahorro individual, lo cual se podía corroborar con lo dicho por la actora en el interrogatorio de parte donde indicó haber recibido información completa y suficiente sobre las características, condiciones y requisitos que requería para poder llegar a pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que le permitió comprender las consecuencias que acarreaba su traslado de régimen y la permanencia en el mismo por más de 20 años, con lo que se logró cumplir ese deber de información en virtud de las exigencias normativas que se encontraban vigentes para el año de 1998. De tal modo, no ha vulnerado los derechos que le asistían a la actora, mucho menos su derecho a ejercer la libre elección del régimen en los términos del artículo 13 de la Ley 100 del 93, toda vez que, como quedó pues también consignado en el interrogatorio de parte, la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria.

Señaló, que la firma del formulario suscrito por la actora implica la aceptación de unas condiciones al régimen que se encontraba trasladando con las consecuencias que acarreaba su traslado, además que dicho documento, es decir, el formulario debe considerarse como un medio probatorio suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber de información que recaía sobre la AFP, por expresa disposición legal.

Advirtió, el hecho de que esta entidad tuviera algunas responsabilidades profesionales de cara a sus afiliados, no era excusa para que la demandante por su cuenta, no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría su traslado al régimen pensional, más aún pues si se tiene en cuenta que lo que motivó a la actora a solicitar la nulidad o eficacia de su afiliación es la diferencia en el valor de la mesada pensional, siendo ella en últimas la única conocedora de su situación particular y concreta así como de sus expectativas laborales y pensionales al

momento en que se vinculó con Porvenir, aunado a que tuvo múltiples oportunidades para retornar y, por el contrario, decidió permanecer de manera libre, voluntaria y consciente en el régimen de ahorro individual con solidaridad más de 24 años e incluso realizó un posterior traslado hacia la AFP SKANDIA.

Precisó, de confirmarse la decisión, no está de acuerdo con la condena a devolver las sumas de seguros previsionales, gastos de administración y rendimientos, como quiera que resulta inequitativa con este fondo, toda vez que lo está despojando de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada al mismo, cuya diligencia fue el origen de esos rendimientos de los aportes generados en ese espacio de tiempo en que la demandante pues estuvo con Porvenir; 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. Que al admitirse tal posibilidad sin que exista algún tipo de compensación al respecto para Porvenir se estaría entonces avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; reiterando, que esos dineros fueron invertidos por esta sociedad para poder garantizar esa rentabilidad de los aportes que realizó la afiliada durante el lapso en que estuvo vinculada; y, aun cuando la accionante no se hubiese trasladado de régimen, incluso en el régimen de prima media administrado por Colpensiones, un porcentaje de esta cotización, de lo que hacen los afiliados, también se destina a cubrir los gastos de administración y seguros previsionales.

Señaló en lo que corresponde a la indexación, debía tenerse en cuenta la figura de la compensación, pues esos rendimientos financieros fueron generados en la cuenta de ahorro individual, superaron con creces los rendimientos que hubiesen generado sus aportes, en caso de que esta hubiese permanecido vinculada al Régimen de Prima Media, en ese sentido cualquier tipo de indexación o reconocimiento adicional que deba hacer la AFP, ya se encontraría plenamente cubierto con estos valores en mención¹ (récord: 1:12:36, ibidem).

¹ «Gracias su señoría siendo este momento procesal oportuno, de manera muy respetuosa me permitió interponer recurso de apelación en contra de la decisión de instancia, solicitando así al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revocar en su integridad la presente decisión y en ese sentido se absuelva a la AFP Porvenir S.A de las condenas contra ella impuestas todo ello de conformidad con las siguientes consideraciones:

En primer lugar pues debe decirse que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, también está corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicite bien la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información que recaía sobre las AFP, pues claramente debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues para mí representada no sea del asunto que nos ocupa toda vez que el traslado de régimen pensional efectuado por la aquí demandante a través de la AFP Porvenir S.A en el año 98 es plenamente válido y eficaz, pues el mismo se dio de manera voluntaria libre consciente, además de que la demandante lo hizo de manera informada tal y como pues se logró desprender de lo manifestado por la actora en interrogatorio de parte en donde en efecto indicó que recibió una información completa y suficiente sobre las características, condiciones y requisitos que requería para poder llegar a pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que le permitió pues comprender claramente las consecuencias que acarrearía su traslado de régimen y la permanencia en el mismo por más de 20 años, en ese sentido pues se aclara que mi representada en efecto logró cumplir ese deber de información o acreditar que cumplió con ese deber de información que sobre ella recaía, todo ello en virtud de las exigencias normativas que se encontraban vigentes para el año de 1998.

Bajo ese entendido, se aclara entonces que mi representada en ningún momento ha vulnerado los derechos que le asistían a la actora, mucho menos su derecho a ejercer la libre elección del régimen en los términos del artículo 13 de la ley 100 del 93, toda vez que como quedo pues también consignado en el interrogatorio de parte, la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria hacia la AFP Porvenir S.A.

Por otro lado, pues no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por la actora solamente implique la aceptación de las condiciones del régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que la misma tenía no solamente sobre los beneficios, sino también sobre las condiciones que acarrearía su traslado de régimen pensional o además que este documento, es decir el formulario suscrito por la actora no sea considerado como un medio probatorio suficiente para acreditar la existencia de una voluntad informada, libre y consciente de la persona de trasladarse de régimen pensional, pues de conformidad con las normas legales vigentes para la fecha en que la demandante efectuó ese traslado de régimen pensional, se tiene que por expresa disposición legal, era a través de dichos formularios y además las leyendas que se encuentran allí señaladas que los fondos privados cumplían con ese deber de información que sobre ellos recaía.

Asimismo, se puede concluir que con la documental que obra en el expediente y con lo manifestado por la actora en interrogatorio de parte se logra acreditar que, en efecto, Porvenir cumplió con ese deber de información vigente para la fecha en la que la demandante se trasladó de régimen pensional, por lo que se advierte que no existe ni razones fácticas o jurídicas que conlleven a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la aquí demandante al régimen de ahorro individual.

Ahora bien pues debe advertirse que el hecho de que esta entidad administradora que represento tuviese algún tipo de responsabilidades profesionales no es una excusa para que la aquí demandante por su cuenta no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional, más aún, que esta era la única conocedora de su situación particular y concreta, así mismo como de sus expectativas pensionales que en últimas era lo que le permitían a esta acceder a un mejor derecho pensional que es lo que busca con la declaratoria de ineficacia de este traslado de régimen pensional, hecho pues que claramente en su momento era desconocido por mi representada, de igual forma pues si se tiene en cuenta que para cuando la aquí demandante se trasladó al RAIS, la normativa vigente correspondía al texto original del literal E del artículo 13 de la ley 100 del 93 y que en estricto pues sentido no contaba está con ningún tipo de limitante para retornar al régimen de prima media administrado en su momento por el Instituto de los Seguros Sociales, 3 años después de que esta se haya vinculado inicialmente con mi representada no debe entonces pasarse de vista de que la demandante contó con todos esas oportunidades, es decir con múltiples oportunidades para retornar nuevamente al régimen al que pretende pues su retorno ahora con la declaratoria de ineficacia, no obstante esta decidió permanecer de manera libre, voluntaria y consciente en el régimen de ahorro individual con solidaridad más de 24 años e incluso realizó un posterior traslado hacia la AFP SKANDIA en donde además pues manifestó el interrogatorio de parte que se le brindó esa debida información y que comprendía claramente cómo era que funcionaba pues el tema de la oportunidad de tener una pensión mucho mejor o superior, uno de los beneficios que además fue que manifestó que se le había otorgado al momento en que se trasladó hacia la AFP Porvenir S.A, es decir que la demandante en efecto sí contaba con todo ese conocimiento e información suficiente para poder permanecer vinculada en el régimen de ahorro individual.

Por otro lado pues en lo que corresponde a las condenas impuestas a mi representada de trasladar a Colpensiones los respectivos gastos de administración, Porvenir deberá apartarse respetuosamente en la misma pues resulta inequitativo con este fondo toda vez que lo está despojando de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a este fondo privado que representó, cuya diligencia pues fue precisamente el origen de esos rendimientos de los aportes generados en ese espacio de tiempo en que la demandante pues estuvo con Porvenir.

Asimismo pues advierte como quiera que ha sido la misma ley 100 del 93 la que le ha concedido la posibilidad a los fondos de pensiones de destinar del total del monto de los aportes un 3% para cubrir los gastos de administración y por ser precisamente estos la remuneración que los mismos obtienen, no puede entonces ordenarse el reintegro de estos valores pues al admitirse tal posibilidad sin que exista algún tipo de compensación para Porvenir se estaría entonces avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema quien es el que se verá pues beneficiado con tal situación, ya que además de ordenar a mi representada reintegrar pues o trasladar a Colpensiones los rendimientos generados por esta administradora, también se está ordenando reintegrar los gastos de administración, dineros que como pues se indicó anteriormente fueron invertidos por mi representada para poder obtener una rentabilidad de los aportes que realizó la accionante durante el lapso en que estuvo pues vinculada a este fondo de pensiones.

Asimismo pues es pertinente señalar que aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen pensional se tiene que incluso en el régimen de prima media un porcentaje de la cotización de los afiliados también se destina a cubrir tanto los gastos de administración como los seguros previsionales tal y como lo dispone el mismo artículo 20 de la ley 100 del 93, es decir que estos valores en efecto no se encuentran llamados a financiar la pensión de vejez de los afiliados, por lo que en ese sentido no debería entonces desconocerse la gestión y correcta administración que hizo Porvenir durante la afiliación de la actora a este fondo que representó.

Por último pues en lo que corresponde a la condena impuesta a mi representada de trasladar los valores anteriormente señalados de manera indexada, pues deberá tenerse en cuenta en este caso la figura jurídica de la compensación pues vale la pena señalar que el ordenarse el reintegro los respectivos rendimientos financieros generados por la correcta administración de los recursos de la actora y que los mismos pues son superiores a los que la misma hubiese obtenido en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media, entonces en ese sentido advierte que cualquier tipo de indexación o reconocimiento adicional que deba hacer mi representada estaría plenamente cubierto con dichos valores.

A su turno, SKANDIA apeló la decisión señalando que la reclamación de ineficacia del traslado de régimen pensional surge por parte del accionante por razones netamente de carácter económico, frente a la expectativa del monto de la prestación pensional, lo cual no es una causal de nulidad ni ineficacia y que no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen en la medida en la que el sistema general de Seguridad Social en pensiones se encuentra formado legalmente por dos regímenes diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructura, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos.

Mencionó que los gastos de administración a los que tiene derecho una administradora de fondos de pensiones encuentra su origen en la ley debido a que la ley 100 fue la que los creó con objeto y causa lícita y con la exigencia además de un cumplimiento de una serie de deberes a favor de la aquí demandante, entre los cuales se encuentra la correcta administración de su patrimonio e inversiones para que éstos le generen un rendimiento, como ella bien lo declaró en su interrogatorio de parte, que son finalmente los cuales la van a beneficiar al momento de pensionarse, de tal manera que esa actividad profesional lícita es la que es compensada por la ley en donde se le da el derecho a las administradoras de fondos de pensiones a cambio de su esfuerzo a cobrar esos gastos de administración.

En lo que tiene que ver con el desconocimiento de las normas o la falta de información que alegó la aquí demandante, señaló que la Ley 100 de 1993 no ha derogado el deber de diligencia y cuidado que deben tener las personas en el manejo de sus negocios, más aún, cuando la demandante contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar y ampliar la información otorgada, sin que durante toda la permanencia de la demandante al RAIS haya ejercido el derecho de retracto, lo cual evidencia una actuación contraria a la del buen padre de familia, además del interrogatorio de parte se sustraía el interés de retornar al régimen de prima media, siendo el interés del traslado netamente económico.

Es por todo lo anterior que nuevamente de manera muy respetuosa solicito a los magistrados del Tribunal superior de Bogotá sala laboral revocar en su integridad la presente decisión y en ese sentido pues absolver a mi representada de las condenas contra ella impuestos muchas gracias».

Agregó, para el momento del traslado no era dable exigir una documentación de la asesoría pues no existía ese deber legal de hacerlo, la decisión entonces, como también lo declaró la demandante fue libre y fue voluntaria; reiterando, las características del RAIS estaban también en la ley, por lo cual si se llegase a hablar de un error sería de derecho, el cual no tiene tendría la potencialidad de viciar el consentimiento.

Recalcó, no se debe ordenar la devolución de gastos de administración legalmente descontados y, que si se aplica la figura de ineficacia está se debería aplicar en un sentido estricto y no amplio, acomodado en donde únicamente se aplican los beneficios, los efectos en contra de los fondos del régimen privado, quienes se verán obligados además a retornar los gastos de administración, pero la demandante sí se ve beneficiada con los intereses y demás rendimientos que fueron obtenidos a partir de la actividad profesional, lícita, desarrollada por los fondos de pensiones, por lo que no se podría aplicar una interpretación acomodada de la ineficacia en beneficio exclusivo de la actora² (récord: 1:19:57, ibidem).

² «Muchas gracias su señoría dentro de la oportunidad procesal que corresponde me permito interponer el recurso de apelación, razón por la cual le solicito a la honorable sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá que proceda a revocar totalmente la sentencia que acaba preferir su despacho y en su lugar se sirva a absolver a mi representada todas las pretensiones de la demanda con fundamento las manifestaciones de hecho y derecho contenidas tanto en el escrito de contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión y principalmente lo que pasó señalar.

En el presente caso su señoría se evidencia que la reclamación de ineficacia del traslado de régimen pensional surge por parte del accionante por razones netamente de carácter económico frente a la expectativa del monto de la prestación pensional y sobre este punto no se deber de vista que la insatisfacción sobre el monto de la mesada pensional no es una causal de nulidad ni ineficacia y que no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen en la medida en la que el sistema general de Seguridad Social en pensiones se encuentra formado legalmente por dos regímenes diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructura, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos.

Los gastos de administración a los que tiene derecho una administradora de fondos de pensiones encuentra su origen en la ley debido a que la ley 100 fue la que lo creó con objeto y causa lícita y con la exigencia además de un cumplimiento de una serie de deberes a favor de la aquí demandante entre los cuales se encuentra la correcta administración de su patrimonio e inversiones para que éstos le generen un rendimiento como ella bien lo declaró en su interrogatorio de parte que son finalmente los cuales la van a beneficiar al momento de pensionarse, de tal manera que esa actividad profesional lícita es la que es compensada por la ley en donde se le da el derecho a las administradoras de fondos de pensiones a cambio de su esfuerzo a cobrar esos gastos de administración, esto no requiere mayor explicación pues se trata de entidades que tienen un ánimo de lucro.

En lo que tiene que ver con el desconocimiento de las normas o la falta de información que alegó la aquí demandante hay que señalar que la ley 100 de 1993 no a derogado el deber de diligencia y cuidado que deben tener las personas en el manejo de sus negocios y el artículo 63 y 1604 del Código Civil hablan de ese deber de diligencia y de la precaución que debe tenerse cuando se celebra un negocio jurídico de esta naturaleza, llama la atención cómo es que una persona tan bien preparada como la aquí demandante no fue diligente en un punto tan importante que hubiera podido resolver con tan solo consultar la norma o preguntarle a los asesores de los distintos fondos de pensiones a los cuales se afilió, la demandante entonces contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar y ampliar la información otorgada, cosa diferente es que en el marco de una actuación contraria a la del buen padre de familia decidió no cotejar o ampliar la validez de dicha información aun cuando lo podía hacer, véase que durante toda la permanencia de la demandante al RAIS, nunca ha ejercido el derecho de retracto que entre la fecha inicial del traslado y la fecha en la que la demandante se vio inmersa en la prohibición del traslado por razón de la edad, estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media pero aun así no lo hizo, lo cual evidencia una actuación contraria a la del buen padre de familia, además del interrogatorio de parte se sustrae que el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente de un interés económico en donde debe recordarse que la insatisfacción frente al monto de la mesada pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico, toda vez que téngase en cuenta que en el interrogatorio de parte fue la misma demandante quien manifestó no haber recibido asesoría por parte de Colpensiones, de tal forma que no conoce las ventajas y desventajas de poder pertenecer al régimen de prima media y lo único en lo que se concentra en la aquí demandante es en el valor de su mesada pensional.

Véase también que bajo la normativa existente para el momento del traslado no era dable exigir una documentación de la asesoría pues no existía ese deber legal de hacerlo, la decisión entonces como también lo declaró la demandante fue libre y fue voluntaria en donde no

Finalmente, COLPENSIONES en su apelación solicita se revoque la sentencia, dado que en el presente la decisión, la omisión o falta de información que se echa de menos se encuentra inmersa en la Ley 100 de 1993, la cual es de orden nacional y de libre conocimiento y reproducción de cada uno de los ciudadanos, de modo, aunque no hubiese habido una orientación en ese mismo momento, la hoy demandante tenía la posibilidad en su calidad de conocedora y de usuaria del sistema, de orientarse dentro de esta normativa, ya que no hay forma alguna que bien sea SKANDIA o PORVENIR la oculte. Sumado a lo anterior, durante el interrogatorio de parte, la actora habló de los rendimientos, de lo cual se infería están dentro del régimen de ahorro individual, pero no dentro del régimen de prima media, precisando que su inconformidad es netamente económica, de tal manera, no se advertía una desinformación, no logrando probar la actora que no le informaron; aunado a que ese deber de información no surgía solamente en el mes de noviembre de 1998, sino que se debe dar en el tiempo, en el sentido que con el paso de los días, de los años en este caso pues hay una información del fondo hacia la demandante y hay una información que la demandante pudo haber recaudado en caso de tener dudas, sin embargo pues se advierte que hubo una omisión por parte de la misma.

De otra parte, expresó que Colpensiones es un tercero ajeno a estos actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, pues en su momento acepta un formulario presentado por la hoy demandante, en el sentido que da la aprobación para su traslado y no había una razón por la cual la Administradora Colombiana de Pensiones o el Instituto de Seguro Social en su momento, se negara a aceptar este traslado, máxime cuando la demandante jamás se acercó a solicitar información y no hizo requerimiento, razón por la cual, pues no se le puede poner la carga y las

me dieron presiones por parte de los fondos del régimen privado lo cual quedo además acreditado en el interrogatorio de parte, las características del RAIS estaban también en la ley, por lo cual si se llegase a hablar de un error sería derecho el cual no tiene tendría la potencialidad de viciar el consentimiento, además nótese que la aquí demandante fue clara en esbozar cada una de las condiciones, ventajas y desventajas en lo que tiene que ver con el régimen de ahorro individual de tal manera que es claro que la demandante si conocía sobre esta información y si fue asesorada por parte de los miembros de asesores de los fondos del régimen privado, se reitera entonces que en el presente asunto no se debe ordenar la devolución de gastos de administración los cuales fueron legalmente descontados y que si se aplica la figura de ineficacia está se debería aplicar en un sentido estricto y no amplio y acomodado en donde únicamente se aplican los beneficios, los efectos en contra de los fondos del régimen privado quienes se verán obligados además a retornar los gastos de administración pero la demandante sí se ve beneficiada con los intereses y demás rendimientos que fueron obtenidos a partir de la actividad profesional y lícita desarrollada por los fondos de pensiones, entonces no se podría aplicar una interpretación acomodada de la ineficacia en beneficio exclusivo de la actora reconociendo que se produjeron solo algunos efectos pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de los fondos de pensiones del régimen privado, desconociendo su labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy le está generando unos rendimientos financieros que jamás habría logrado de encontrarse en Colpensiones, en los anteriores términos damos por sentados nuestro recurso de apelación su señoría muchas gracias».

consecuencias de esto y mucho menos hacerle el reconocimiento pensional con unos dineros que no ha recibido y que por más que reciba en este momento no los percibió por más de 20 años³ (récord: 1:26:13, 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 (Exp. Digital: «*DEMANDA ANEXOS_pagenumber.pdf*», páginas 8 a 10), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 7, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuado a la AFP PORVENIR el 19 de noviembre de 1998 y todos los traslados efectuados de la entre las distintas Administradora del RAIS; en consecuencia, se ordena a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual de mi procurada, junto con sus rendimientos, bono pensional e

³ «Gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permite interponer recurso de apelación en contra del fallo proferido el día de hoy por este honorable juzgado el cual sustentare en los siguientes términos:

Primero pues es de tenerse en cuenta que si bien en la parte motiva su señoría se estima en el cual acepta que se dio la información de digamos suficiente para el año de 1998 cuando se hace el traslado de la hoy demandante orientada hacia las características del régimen de ahorro individual, sin embargo si hay un desacuerdo respecto de la apreciación en la cual indica que no hubo información suficiente al régimen de prima media, ya que en este sentido la sentencia hoy atacada hace omisión que estas características o esta información se encuentra dentro de la ley 100 de 1993 la cual es de orden nacional y de libre conocimiento y reproducción de cada uno de los ciudadanos, así aunque no hubiese habido una orientación en ese mismo momento pues la hoy demandante tenía la posibilidad en su calidad de conocedora y de usuaria del sistema de orientarse dentro de esta normativa ya que no hay forma alguna que bien sea Skandia o sea Porvenir el fondo que sea pertinente la oculte de igual forma se debe tener en cuenta que hay una permanente durante el interrogatorio de partes y es que se habla mucho de los rendimientos por parte de la demandante esto infiere que hace referencia a que están dentro del régimen de ahorro individual pero no dentro del régimen de prima media, esto está siendo desconocido por la demandante quien aún hoy en día y dentro de su mismo interrogatorio demostró que su inconformidad es netamente económica, no se advierte que una desinformación, no advierte que a causa de los rendimientos disminuyeron, estoy siendo hipotético ya que esto no fue dicho dentro de la declaración de parte, no está diciendo en que la beneficia más el estar en Colpensiones y en este sentido pues no logra probar que no le informaron ya que como ya se dijo anteriormente pues las características del régimen de prima media están en la ley 100, así como ese deber de información no surge solamente del de noviembre de 1998 sino que se debe dar en el tiempo, en el sentido que con el paso de los de los días, de los años en este caso pues hay una información del fondo hacia la demandante y hay una información que la demandante pudo haber recaudado en caso de tener dudas, sin embargo pues se advierte que hubo una omisión por parte de la misma al momento de pues de hacer este recaudo de información que le permitiera inferir al momento de cuando le faltaren 10 años pues decir bueno me trasladó al régimen de prima media porque me conviene más o alguna o algún tema razón por la cual pues su señoría no habría pues la prueba de esa omisión de información por parte de la demandante.

Dicho lo anterior también pues de este acto omisivo tanto del fondo de pensiones inicialmente como de la demandante pues no se puede recargar la responsabilidad a la Administradora Colombiana de Pensiones que al ser un tercero de buena fe en su momento acepta un formulario presentado por la hoy demandante que en el sentido que da la aprobación para su traslado no había una razón por la cual la Administradora Colombiana de Pensiones se negara o el Instituto de Seguro Social en su momento se negara a aceptar este traslado, máxime cuando la demandante jamás se acercó a solicitar información y no hizo requerimiento, razón por la cual pues no se le puede poner la carga y las consecuencias de esto en el sentido de ser éste a quien admite el traslado de la hoy demandante y mucho menos hacerle el reconocimiento pensional que de unos dineros que no ha recibido y que por más que reciba en este momento no los percibió por más de 20 años, por lo ya expuesto le solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar el fallo de primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demandante y en consecuencia pues absolver de todas las pretensiones a la entidad por mi representada, asimismo solicitó de la forma más respetuosa no condenar en costas a la entidad por mi representada muchas gracias señor juez».

intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; a Colpensiones a recibir tales conceptos y a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del momento de su desafiliación, junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas; se condene a la indexación, los perjuicios morales, más el pago de las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a SKANDIA a devolver indexado a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto; a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin descuento alguno por gastos de administración, ni cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento 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. De igual modo, encontró probado que la actora tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir la actora 1454 semanas de cotización y tener 60 años de edad, derecho que ordenó sobre 13 mesadas pensionales y que debía liquidarse conforme a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, supeditando su disfrute a la fecha de desafiliación del sistema, dado que no está acreditado el retiro. De igual modo, precisó que no se demostraron los perjuicios morales solicitados.

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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de octubre de 1961 (página 105, ibidem), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de julio del año 2021 (páginas 62 a 73, ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 517,57 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: «CONTESTACION.pdf», páginas 71-73), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta lo confesado en el interrogatorio de parte, se tiene que la demandante labora para el «**Ministerio de Vivienda** como Profesional en la Subdirección del Subsidio Familiar de Vivienda... en la asignación de subsidios familiares de vivienda en el marco del programa de vivienda gratuita macro proyectos y desastres naturales⁵», lo cual se corrobora con la historia laboral aportada por parte de la accionada SKANDIA en su contestación a la demanda («CONTESTACION.pdf», págs. 75 a 102), donde se vienen realizando aportes por lo menos desde el mes de diciembre de 2012, por ende, ostenta la calidad de empleada pública, siendo menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero ante la reclamación del derecho

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

⁵Audiencia 03 de agosto de 2022, récord 09:20.

pensional, frente al que el juez adelantó estudio, considerando que la actora cumple con la edad y densidad de semanas requerida para su reconocimiento y condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora, sería del caso adentrarnos también al estudio del derecho pensional solicitado; no obstante, teniendo en cuenta lo señalado en la aludida historia laboral expedida por Skandia S.A., la última cotización que consta para la fecha de expedición de dicho documento, fue para el ciclo de junio de 2021, al servicio del MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO, y por ende ostentaba la calidad de empleada pública, pese a que la pretendida nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de régimen pensional al RAIS mediante afiliación a una AFP de carácter privado, si es de competencia de esta jurisdicción, no ocurre lo mismo frente a la reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la cual, en los términos del numeral 4° del artículo 104 del C.P.A.C.A. deberá ser reclamada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debiendo declararse la Sala incompetente para solventar la discusión de fondo frente a la misma, siguiéndose la revocatoria de la decisión del juez a quo en este aspecto y en su lugar declarar la falta de competencia de esta jurisdicción. Así se resolverá en este punto.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte 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 **19 de noviembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1999** (páginas 46 y 54, «*CONTESTACION J023 2021-00489_pagenumber.pdf*») por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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 CSJ SL1948-2021 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

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

⁷ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dila 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

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.

(...)

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.

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 al 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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en noviembre de 1998, cuando trabajaba con el Banco UCONAL, se presentó un asesor de PORVENIR a su puesto de trabajo, para ofrecerle el fondo de pensiones privados, ofreciéndole buenos intereses, un bono pensional depositado en su cuenta de ahorros, también le ofreció pensionarse a menor edad y con una mejor pensión que el Seguro Social de ese momento, por lo que tomó la decisión de trasladarse firmando voluntariamente el respectivo funcionario, pero nunca le explicaron las consecuencias de salir del Seguro Social, no le explicaron las características para

⁸ Audiencia del 03 de agosto de 2022, récord 08:39

pensionarse en esa época tanto en el ISS, como en el RAIS, no recuerda que le hayan explicado que sus aportes se destinarían a una cuenta individual, no le informaron en ese momento la posibilidad de hacer aportes voluntarios, no le indicaron que sus beneficiarios podrían disponer del capital ahorrado por ella; y que se pasó de Porvenir a Skandia porque le ofrecieron mayores intereses, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio inicial de régimen.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR («*CONTESTACION J023 2021-00489_pagenumber.pdf*», página 46), 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 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 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 perjudicarle
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 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (19 de noviembre de 1998, efectivo el 1º de enero de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL**

TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado un traslado entre AFP's 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 traslado, el mismo fue dentro del mismo régimen de ahorro individual (Pág. 69, «*CONTESTACION.pdf*»), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al 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 2011⁹.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (Págs. 75 a 102, ib.) 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionarán los ordinales segundo y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, SKANDIA y PORVENIR S.A. deben

⁹ “(...) 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 (...)”.

devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos y gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹⁰, 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 utilidades¹¹, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliado a cada una 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**».*

Precisando a las recurrentes SKANDIA y PORVENIR, 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

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

¹¹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 (...).».*

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 CSJ 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).*

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.

Por otro lado, conviene ahondar, 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.

Sobre este aspecto, 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 interpuesta por COLPENSIONES¹², a favor de quien se surte la consulta (página 19, *«NOHORA ELENA QUINTERO MAHECHA (INEFICACIA DEL TRASLADO Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL) CONTESTACIÓN.pdf»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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

¹² 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 22 de marzo de 2022 (*«AUTO 22 03 22_pagenumber.pdf»*).

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 CSJ SL2611-2020, 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 revocará el ordinal quinto de la sentencia apelada y en su lugar se declarará la falta de esta especialidad laboral para resolver frente al anhelo pensional de la demandante; de igual modo, 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: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA** de la especialidad laboral, para resolver el derecho pensional de la demandante, conforme lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

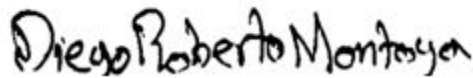
SEGUNDO: ADICIONAR los ordinales **SEGUNDO Y CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a las AFP SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos y gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes 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.

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.

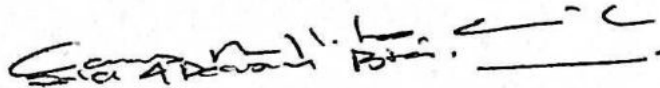
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FERNANDO ARDILA PATIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 23 2021 00336 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto 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 el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 03 de junio del 2022 (Exp. Digital: «AUDIENCIA EXP. 023-2021-00336-20220603_103004-Grabación de la reunión.mp4», récord: 49:42), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o el traslado realizado por el señor **FERNANDO ARDILA PATIÑO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en este caso por la **AFP PORVENIR** y como consecuencia lógica, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, también su sufre la misma consecuencia el traslado a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCIÓN**, conforme a lo considerado.*

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a devolver a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante, entre el 1° de marzo del 99 y 30 de junio del 2009 junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

PARÁGRAFO: Único descuento autorizado a esta AFP el dinero transferido a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondos solicitado por el demandante el 1° de julio del 2009.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PERSONAS – COLPENSIONES,** todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando.

CUARTO: DECLARAR que el señor demandante **FERNANDO ARDILA PATIÑO** para efectos pensionales, se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS a cargo de la AFP PORVENIR a favor del demandante.

SÉPTIMO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia».

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

Así, en primer lugar, PROTECCIÓN la apeló en lo que tiene que ver con el traslado de al Colpensiones de los seguros previsionales y de las cuotas de administración.

Respecto de los seguros provisionales, señaló que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia, ésta pagara una suma adicional que financiará las pensiones por estos conceptos, por tanto, se encuentra imposibilitada para recobrárselo y enviarlo a Colpensiones, precisando, en este caso la tercera la aseguradora es un tercero de buena fe.

Respecto de las comisiones de administración, adujo, la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto, se realizó como

consecuencia de una disposición legal válida, exequible, aplicable y vigente; se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual; son descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, máxime cuando en el Régimen de Prima Media en Colpensiones, también se realiza este tipo de descuentos (récord: 51:41¹, ibidem).

A su turno, PORVENIR apeló la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas impuestas en contra de la dicha AFP, precisando, la decisión del traslado tomada por la parte actora, se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la que se produjo, es decir, el año 1999, pues antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, suscribió el formulario de solicitud de vinculación que cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria y además en interrogatorio de parte, manifestó expresamente que lo hacía en forma voluntaria y libre.

Respecto a la condena de devolver conjuntamente rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, indicó, no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, como quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura, es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, en ese sentido, los frutos dados por la administración de los recursos del demandante, tampoco se generaron, es decir, los rendimientos financieros, los cuales, al ser privativos del RAIS, pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría si perteneciera al Régimen de Prima

¹ «Gracias señor Juez, me permitió interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral en lo que tiene que ver con el traslado de al Colpensiones de los seguros previsionales y de las cuotas de administración.

Respecto de los seguros previsionales se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del seguro provisional toda vez que mensualmente la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia está pagara una suma adicional que financiará las pensiones por estos conceptos, el seguro provisional fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada se encuentra imposibilitada para recobrárselo y enviarlo a Colpensiones, se debe tener en cuenta que en este caso la tercera la aseguradora es un tercero de buena fe.

Respecto de las comisiones de administración, la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal válida exequible aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual, es importante tener en cuenta que son descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera máxime cuando en el régimen de prima media en Colpensiones también se realizan estos este tipo de descuentos, dejó así sentado mi recurso de apelación muchas gracias».

Media, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Frente a los gastos de administración, señaló, que tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, específicamente entre el año 1999 y el año 2009, época en la que estuvo con Porvenir. De tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran en poder de esta AFP, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante. Precisando, tal devolución, resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, al señalar que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello que lo es el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la ineficacia del traslado. De ese modo, al existir una norma que regula la situación, no había razón para apartarse de ella e incluir conceptos que por razones lógicas no pueden trasladarse.

Asimismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, esgrimió, que estos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas entre 1999 y 2009, con lo cual se tuvo cobertura durante toda la afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

Concluyó en ese orden, que al desestimarse la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada, deberá desestimarse la condena en costas y agencias en derecho (*récord: 1:25:17², ibidem*).

² «Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva de revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir conforme a las siguientes consideraciones:

Finalmente, COLPENSIONES en su apelación solicita se revoque la sentencia, dado que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para el demandante, como quiera que a la hora del traslado del mismo contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, conforme lo exige la sentencia C-789 de 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima, resaltando de este modo, el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 del 2003 y no es beneficiario del régimen de transición, reiterando así, no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional como la SU-130 del 2013 y la de SU-062 del 2010.

Añadió, la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el Régimen de Prima Media puede resultar superior al

En primer lugar no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional pues la decisión tomada por la parte actora se hizo en forma consciente y espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la que se produjo es decir el año 1999, pues primero antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, segundo suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria y tercero en interrogatorio de parte manifestó expresamente que lo hacía en forma voluntaria y libre.

Ahora en lo que respecta a la condena de volver conjuntamente rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales mi representada se aparta respetuosamente de esta condena, pues bien no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia ex tunc en unos sentidos y en otros no, como quiera que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de dicha figura tal como lo manifestó la honorable Corte Suprema de Justicia es “declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”, en ese sentido se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de mi representada tampoco se generaron, es decir los rendimientos, asimismo cabe advertir que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría si perteneciera al régimen de prima media dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Por otro lado en lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración debe decirse que dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad específicamente entre el año 1999 y el año 2009 época en la que estuvo con Porvenir de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de mi representada pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante.

En línea con todo lo señalado anteriormente debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello que lo es el artículo séptimo del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos lo que desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la ineficacia del traslado.

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

Asimismo y en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia debe tenerse en cuenta que estos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y con los cuales el demandante durante entre 1999 y 2009 tuvo cobertura durante toda la afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte es decir cumplieron la finalidad establecida en la ley por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

Por último y lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada a mi representada por consiguiente deberá desestimarse la condena en costas es por todo lo anterior su señoría que solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir, muchas gracias».

que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando el demandante realizó el traslado, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta, que el demandante se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, siendo realidad que en el presente caso pues no se logra aprobar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del demandante es decir para el año 99. los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado. por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia decretada, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que él mismo decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, máxime si se tiene en cuenta que la AFP Protección le hizo una re asesoría al demandante e hizo caso omiso a la misma (récord: 57:30³, 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 del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «*DemandaAnexos.pdf*», páginas 4 y 5), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 4, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuado a la AFP

³ «Gracias señoría me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral de la siguiente manera:

En primera medida honorables magistrados téngase en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para el demandante como quiera que a la hora del traslado del mismo contaba con menos de 750 semanas pues había cotizado un total de 122 semanas con el ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez esto teniendo en cuenta la sentencia C 789 de 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima, también es importante resaltar pues que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 del 2003 que modificó la ley 100 del 93 y no es beneficiario del régimen de transición por semanas de manera que no les son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional como la SU 130 del 2013 y la de SU 062 del 2010, también es importante honorables magistrados tener en cuenta que en el presente caso de la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando el demandante realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que el demandante pues se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, siendo realidad que en el presente caso pues no se logra aprobar una información equivocada o falaz por parte del fondo máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del demandante es decir para el año 99 los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto pues no hay lugar a la ineficacia decretada, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que él mismo decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria máxime si se tiene en cuenta que la AFP Protección le hizo una re asesoría al demandante e hizo caso omiso a la misma.

Por lo anterior honorables magistrados solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte demandante».

PROTECCIÓN S.A. y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a registren en su sistema de información que la afiliación es nula o ineficaz. Se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; se condene a COLPENSIONES, a activar la afiliación en pensión del Señor FERNANDO ARDILA PATIÑO y a recibir la totalidad de los conceptos devueltos, registrándolo 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 el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a PORVENIR a devolver indexado a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación entre el 1° de marzo del año 1999 y el 30 de junio del 2009, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto; a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin descuento alguno por gastos de administración, ni cualquier otro concepto. Lo anterior tras considerar que, con fundamento 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 2002⁴.

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 27 de noviembre de 1965 (páginas 19, ibidem), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de mayo del año 2021 (páginas 133 y 134, 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 65,29 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: «*ContestacionProteccion.pdf*», páginas 41-42), 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.

No obstante, lo anterior con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de enero de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de marzo de 1999** (página 43, ib.) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP («*ContestacionPorvenir.pdf*», página 32).

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

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

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ 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

«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

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

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 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

⁶ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dlla 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, radicales 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.

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

“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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1999 cuando se trasladó ante el ruido de que el Seguro Social se iba a acabar, con el empleador del momento le propusieron que se cambiaran de fondo y como no tenía claro el tema le pareció que sí valía la pena cambiar y una persona de Porvenir en unos 10 o 12 minutos, le pidió los datos para diligenciar el formulario el cual firmó, sin embargo, no le mencionaron a que edad se podía pensionar, no le hablaron de

⁷ Audiencia del 16 de mayo de 2022, récord 13:45

rendimientos, aportes voluntarios, lo que iba a pasar con los aportes efectuados al ISS, reiterando que ese día, lo que hice fue proporcionar sus datos personales y firmar el formulario de afiliación. Que si bien se trasladó posteriormente a la AFP ING, porque le dijeron que era un fondo holandés donde podía tener un monto pensional más alto, 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 PORVENIR («*ContestacionPorvenir.pdf*», página 32), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que 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 –PORVENIR S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (20 de enero de 1999, efectivo el 1º de marzo 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario 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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el demandante hubiese efectuado un traslado entre AFP's 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 traslado, el mismo fue dentro del mismo régimen de ahorro individual (Pág. 43, ib.), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al 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 2011⁸.

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 afiliado el actor (Pág. 43, ib.) 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal primero del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos y gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹, 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 utilidades¹⁰, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente

⁸ “(...) 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 (...).”

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

afiliado a cada una 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**».*

Precisando a las recurrentes PROTECCIÓN y PORVENIR, 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 (...)».*

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, incluso, 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 CSJ 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).

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.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene ahondar, 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.

Sobre este aspecto, 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 interpuesta por COLPENSIONES¹¹, a favor de quien se surte la consulta (página 18, *«ContestacionColpensiones.pdf»*), 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 CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración

¹¹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de abril de 2022 (*«Auto.pdf»*).

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 PORVENIR 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 sean condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las results del proceso, por lo que se confirma la

sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de la demandada PORVENIR.

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

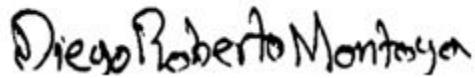
PRIMERO: ADICIONAR los ordinales **SEGUNDO Y TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos y gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los 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 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.

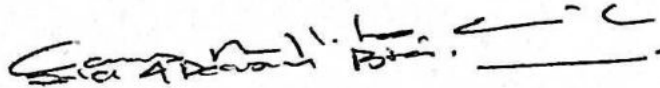
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUANITA JIMENA PAZ
QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SKANDIA S.A. (RAD. 23 2021 00324 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 12 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «AUDIENCIA EXP. 110013105 023 2021 00324 00-20220812_104630-Grabación de la reunión (1).mp4», récord: 42:24), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado realizado por la señora demandante JUANITA JIMÉNEZ PAZ CARRETERO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP SKANDIA, conforme lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora JUANITA JIMENA PAZ CARRETERO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos hoy declarando, incluidos estos dineros, los gastos de

administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, dineros estos últimos, estos últimos 3, debidamente indexados con cargo a recursos propios pues tales conceptos desde el nacimiento del acto ineficaz debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES tal y como lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia sentencia SL2177-2022.

TERCERO: DECLARAR que la señora demandante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES conforme a lo considerado.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP SKANDIA.

SEXTO: consulta de la sentencia a favor de COLPENSIONES».

Inconforme con la decisión las apoderadas judiciales de las demandadas SKANDIA S.A. y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, SKANDIA apeló la decisión en lo relativo la condena a devolver a Colpensiones los dineros que se le han descontado por concepto de cuotas o gastos de administración, el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Para lo anterior, resaltó la imposibilidad de reintegrar estos gastos, pues conforme al artículo 20 de la Ley 100 del 93 específicamente literal b), en los dos regímenes pensionales se puede realizar este descuento tomando del ingreso base de cotización un porcentaje y, específicamente en el RAIS se destina a financiar gastos de administración, prima de reaseguros y prima de seguros de invalidez y sobrevivientes; aunado a ello el artículo 36 del Decreto 692 de 1994 refiere a la distribución de las cotizaciones, y precisa que el ISS, las cajas, fondos, entidades de previsión mientras no se ordene la liquidación deberán de llevar siempre unas cuentas separadas de reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración.

Precisó, si bien es cierto la consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelven a su estado inicial, también debía realizarse una ponderación, unos análisis de conceptos como restituciones mutuas, buena fe de la AFP; primero, porque durante el tiempo que ha sido la administradora de fondos de pensiones, ha administrado de forma efectiva la cuenta de ahorro individual de la demandante, generándole unos rendimientos y ésta a su vez, siempre ha tenido la cobertura en este caso, porque se le paga mes a mes una prima de seguros provisional a una

aseguradora, no por capricho, sino a la citada disposición; siempre ha estado dispuesta a indicarle o a resolverle cualquier tipo de inquietud que tenga la demandante.

Añadió, que el hecho de no estar de acuerdo con el saldo, con la posible pensión que percibiría, no es una causal para concluir que se ha incurrido en algún tipo de falta al deber de información, e imponerle esta conducta o esta condena. Precizando, con la con la afiliación de la demandante al RAIS no se generó ningún tipo de perjuicio, pero con la condena impuesta si se está generando un perjuicio netamente patrimonial o económico, porque debe tomar dineros de su propio patrimonio, que ya ha venido cancelando en cumplimiento de una norma.

Respecto a la orden de devolver estas sumas de dinero indexadas, citó jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del año 2010, sobre el concepto de indexación, para referenciar en consonancia el artículo 101 de la Ley 100 del 93, sobre la rentabilidad mínima que las sociedades administradoras de fondos de pensiones deben garantizar a los afiliados, concluyendo, resulta incompatible tener que devolver esos dineros de forma indexada, pues los mismos no se han visto afectados en este caso con el fenómeno de la inflación y por el contrario, han venido generando rendimientos¹ (récord: 44:12, ibidem).

¹ «Gracias señor juez, me permito de forma breve entonces interponer y sustentar recurso de apelación de forma parcial específicamente a la condena a mi representada para devolver a Colpensiones los dineros que se le han descontado por concepto de cuotas o gastos de administración, el porcentaje de garantía de pensión mínima y en los términos que dice el despacho debidamente indexado.

Lo primero entonces que quiero resaltar como fundamento de mi recurso es la imposibilidad de reintegrar estos gastos de administración conforme la normatividad el artículo 20 de la ley 100 del 93 específicamente literal B, en este artículo entonces nos indican que los dos regímenes pensionales se puede realizar este descuento tomando el ingreso base de cotización un porcentaje y qué específicamente en el régimen de ahorro individual entonces se va a destinar a financiar unos gastos de administración, una prima de reaseguros y una prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, pero adicionalmente con este artículo tenemos el Decreto 692 del 94 en su artículo 36 que nos habla de la distribución de las cotizaciones, esta distribución de las cotizaciones nos dice que el ISS, las cajas, fondos, entidades de previsión mientras no se ordene la liquidación deberán de llevar siempre unas cuentas separadas de reservas para la pensión de vejez y de los gastos de administración, si bien es cierto la consecuencia directa pues de la declaratoria de ineficacia en este caso del traslado de régimen de la señora es que las cosas vuelven a su estado inicial, también es importante entonces tener en cuenta que se debe realizar como una ponderación, unos análisis de conceptos como restituciones mutuas, buena fe en este caso de mi representada.

Primero mi representado durante el tiempo que ha sido la administradora de fondos de pensiones a administrado de forma efectiva la cuenta de ahorro individual de la demandante generándole unos rendimientos, ha cumplido y la demandante siempre ha tenido la cobertura en este caso porque se le paga mes a mes una prima de seguros provisional a una aseguradora, no a capricho de mi representada sino reiteró conforme el artículo 20 de la ley 100 del 93 y pues ha estado siempre dispuesta a indicarle o a resolverle cualquier tipo de inquietud que tenga la demandante, reiteró que en caso pues de que como es este presente caso no esté de acuerdo con el saldo, con la posible pensión que percibiría no es una causal para endilgar que mi representante entonces incurrió en algún tipo de falta de deber de información y pues imponerle esta conducta o esta condena, es más si digamos se ve que con la con la afiliación de la demandante a digamos en este caso con el régimen de ahorro individual y con mi representada no se generó un tipo de perjuicio o algún perjuicio con esta condena mi representada si se está generando un perjuicio netamente patrimonial lo económico, porque tiene que tomar dineros de su propio patrimonio que ya ha venido cancelando en cumplimiento reiteró de una norma para cumplir pues con esta condena que indica el despacho. Ya para terminar entonces respecto de la condición o de la consecuencia de devolver estas sumas de dinero indexadas me permito citar brevemente una sentencia de la Corte Suprema de Justicia la 00161 del 13 de mayo del 2010 donde actuó como magistrado el doctor Edgardo Villamil Portilla, él definió la indexación de la siguiente manera “la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, que pretenden mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias”, en consonancia con esa sentencia tenemos el artículo

A su turno, COLPENSIONES en su apelación solicita se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para la demandante, como quiera que, a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima. Resalando en este punto, la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 del 2003, que modificó la Ley 100 de 1993 y no es beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no les son aplicables las sentencias SU-130 del 2013 y SU-062 del 2010.

Señaló que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión a recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando la demandante realizó el traslado, lo haya hecho movida por engaño o por una equivocada información por parte del fondo; siendo en realidad en el presente caso no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de la AFP SKANDIA, máxime, si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, 2006, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado. Por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia decretada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años² (récord: 48:59, ibidem).

101 de la ley 100 del 93 que nos habla entonces también de la rentabilidad mínima donde se indica que las sociedades administradoras de fondos de pensiones deberán de garantizar a los afiliados una rentabilidad mínima de cada uno de los fondos de pensiones, la cual se va a terminar por el gobierno nacional, en este orden de ideas entonces teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que tienen las administradoras de pensiones es la de garantizar también una rentabilidad mínima en sus cuentas de ahorro de individual de los afiliados, resulta entonces incompatible tener que devolver esos dineros de forma indexada pues los mismos no se han visto afectados en este caso con el fenómeno de la inflación y por el contrario han venido generando rendimientos, que conforme se observa en el estado de cuenta han beneficiado la demandante.

Es básicamente en este punto entonces dónde dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando al Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia en este punto concreto gracias».

² «Gracias su señoría, me permito presentar recurso apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral de la siguiente manera:

En primera medida honorables magistrados téngase en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima.

También es importante resaltar pues que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 del 2003 que modificó la ley 100 del 93 y no es beneficiaria del régimen de transición por semanas de manera que no les son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional como lo es la SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010.

También es importante resaltar honorables magistrados que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye

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: «*DEMANDA.pdf*», páginas 2 a 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 10, *ibidem*), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuado a la AFP SKANDIA el 09 de agosto de 2006, que siempre ha permanecido en el RPMPD y, en un futuro COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez, además si la pensionara el RAIS con la garantía de la pensión mínima le generaría un detrimento patrimonial del \$1.000.0000.0000; en consecuencia, se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes a pensión, rendimientos, bonos pensionales, títulos pensionales, omisiones, gastos de administración y demás emolumentos que se hayan descontado y demás valores existentes en la cuenta de Ahorro individual; a Colpensiones a registrar y activar la afiliación en el RPMPD actualizando su historia laboral; lo extra y ultra petita, más el pago de las costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a SKANDIA a devolver indexado a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento 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**

prueba de que cuando la demandante realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante manifiesta que su principal motivación es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, siendo en realidad pues que en el presente caso no se logra aprobar una información equivocada o falaz por parte de la AFP Skandia, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante esto es para el año 2006, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia decretada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años, lo anterior teniendo en cuenta honorables magistrados y solicitó de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte demandante gracias».

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 2002³.

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 25 de noviembre de 1967 (página 36, ibidem), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de diciembre del año 2019 (páginas 84 a 89 y 97 a 99, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, ni siquiera se encontraba vinculada al sistema general de pensiones, se vinculó apenas el 02 de septiembre de 1994 (Exp. Digital: «CONTESTACION SKANDIA.pdf», página 70), 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

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 **09 de agosto de 2006 con fecha de efectividad 01 de octubre de 2006** (páginas 44 y 78, ibidem), por afiliación que hiciera a SKANDIA 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 CSJ SL12136, 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» (CSJ SL1688 de 2019).

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ 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».

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 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 SKANDIA 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dlla 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 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

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 al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en

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

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

el 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2006, la invitaron a trasladarse al fondo privado SKANDIA ya que se estaba hablando que el Seguro Social se iba a desaparecer, la visita se la hicieron en su domicilio y en unos 10 o 15 minutos le explicaron que se debía llenar un formulario, donde le hicieron énfasis que estaba tomando una buena decisión, dado que el Seguro Social él iba a terminar y debería cambiarse a un fondo privado, además que tenía un beneficio de obtener una pensión mayor, por tal motivo se le iban a mejorar sus condiciones en el momento de la pensión, siendo esa las razones por las cuales tomó la decisión de cambiarse. No le hablaron de rentabilidad, le explicaron que los aportes los trasladaban a su cuenta en Skandia. No le explicaron sobre aportes voluntarios, ni le explicaron las características para pensionarse en esa época tanto en el ISS, como en el RAIS, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio inicial de régimen.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP SKANDIA, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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 SKANDIA («*CONTESTACION SKANDIA.pdf*», página 44), 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 CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) 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

⁶ Audiencia del 12 de agosto de 2022, récord 08:02

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 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.

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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ 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 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 perjudicarle
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 2006, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada SKANDIA S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (09 de agosto de 2006, efectivo el 01 de octubre de 2006) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA 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, atendiendo la apelación propuesta y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, SKANDIA debe devolver a COLPENSIONES,

además de los rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, 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 utilidades⁸, las comisiones, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

Precisando a la recurrente SKANDIA, 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

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

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 (...).»*

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 CSJ 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).*

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.

Por otro lado, conviene precisar en torno a la apelación propuesta por Colpensiones, en autos no tiene relevancia que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional,

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 19, «*CONTESTACION DEMANDA.pdf*»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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 esta 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 CSJ SL2611-2020, 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

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 04 de abril de 2022 («*IANDMITE CONTESTACION.pdf*»).

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 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 la AFP SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las comisiones, 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 MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TATIANA MUNEVAR BAHAMON CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. (RAD. 21 2019 00577 01)

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por JENNIFER LORENA MOLINA MESA en su calidad de profesional adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR 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 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 las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA 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 30 de junio de 2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:17:56 Archivo 23 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora TATIANA MUNEVAR BAHAMÓN al régimen de ahorro individual el 05 DE AGOSTO 1999, con fecha de efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año por intermedio de la AFP PORVENIR., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA 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 de la señora TATIANA MUNEVAR BAHAMÓN. 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 SKANDIA 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 la señora TATIANA MUNEVAR BAHAMÓN por concepto de garantía de 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 PORVENIR S.A., SKANDIA S.A, COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas las pretensiones del llamamiento.

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

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA y a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.

DÉCIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, apeló señalando que no tiene razón alguna para imponerle la obligación de trasladar de régimen de pensión a la demandante, en razón a una supuesta ausencia de información en la afiliación por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, dado que no hay ninguna norma legal que consagre esa consecuencia, aunado a que la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales surgieron con posterioridad.

Expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no consagra expresamente la ineficacia de traslado de régimen pensional por fallas en la información suministrada al afiliado toda vez que es de carácter eminentemente sancionatorio, por lo que entender que una ineficacia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación o de selección constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde con las reglas de interpretación que se adoptan o que son aplicables al ordenamiento jurídico, igualmente señala del artículo 272 ibídem no es posible tampoco concluir la ineficacia del traslado de régimen ante la falta de información correcta del afiliado, por lo que no hay ningún elemento de juicio para extraer de ellas una consecuencia puntual como lo es la ineficacia del acto jurídico.

Precisa las circunstancias de que la entidad administradora tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que la demandante por su cuenta no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, pues aún el hecho de ser afiliada en el asunto no la eximía de actuar con dedicación en un asunto que en realidad recae en tantas implicaciones importantes como lo es la pensión, de modo que no puede descargarse totalmente el deber de informar en cabeza a la administradora de pensiones pues en virtud

del principio de igualdad dicho obligación también recae sobre el afiliado quién es conocedor de su situación particular y concreta, y sus expectativas laborales que en últimas son las que permiten acceder a un mejor derecho pensional.

Expresa que en caso de declararse la nulidad o ineficacia no resultará viable que como parte de las prestaciones mutuas se ordene a la administradora la devolución de los gastos destinados a la administración y a las sumas que ha pagado como lo son conceptos por primas de seguros previsionales a las que ha sido obligada a contratar, porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen un mandato legal como lo tienen las demás sumas, esto es, tienen una destinación específica, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la AFP (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:20:20 Archivo 23 expediente digital*)¹

¹ Muchas gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito presentar recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia, recurso que presentó y sustentó con base en las siguientes consideraciones:

Consideramos señora juez y como ha sido expuesto en la contestación de la demanda incluso en los alegatos de conclusión, que no tiene razón alguna para imponerle a mí representada la obligación de trasladar de régimen de pensión al ahora demandante, en razón a una supuesta ausencia de información en la afiliación por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, en ese sentido es necesario tener en cuenta que no hay ninguna forma legal que consagre o una norma legal que consagre esa consecuencia en el evento en que exista una deficiencia en la información que se dio al afiliado antes de que tomara la decisión de desplazarse de régimen pensional, sin embargo aún considere lo contrario conviene aclarar a la sala laboral del Tribunal de Bogotá que para el despacho en primera instancia se ignoró el acervo probatorio que obra en el expediente referente a que pues se deberá tener en cuenta que en la cuenta de ahorro tener en cuenta que el demandante no probó ni fuerza ni dolo ni un vicio oculto ni una falta de información que le haya sido que se le indilgue a mi representada.

De lo antes expuesto también es necesario indicar que la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía ni sobre el monto pensional que se obtendría esto no era obligación hacer protecciones tampoco por escrito u otro de uno otro régimen pues de ninguna manera así lo exigía si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con posterioridad como se explicó con antelación.

Ahora bien el artículo 271 de la ley 100 del 93 no consagra expresamente la ineficacia de traslado de régimen pensional por fallas en la información suministrada al afiliado toda vez que es de carácter eminentemente sancionatorio, en cuanto establece una sanción para quien atente contra el derecho de afiliación y a la selección de un organismo e institución del sistema de Seguridad Social pero no consagra ningún derecho sustancial y nada dice respecto de las obligaciones de informar por parte de las administradoras del sistema de pensión ni mucho menos sobre las consecuencias del incumplimiento de esa información, puesto que en realidad se refiere con nitidez al hecho de impedir el derecho de afiliación o de selección más no las deficiencias en sus respectivos trámites.

Así las cosas entender que una ineficacia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación o de selección constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde con las reglas de interpretación que se adoptan o que son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir qué es hacer decir en realidad algo a la norma algo que en realidad no surge de su tenor literal cabalmente entendido que está dirigido a sancionar en realidad otro tipo de conductas diferentes al incumplimiento de una obligación, lo que se sanciona es una actuación positiva o una omisiva a la que por ningún lado hace referencia y no una omisiva en realidad a la que por ningún lado hace referencia la norma y en ese sentido asumir que la conducta de quien no da información completa es la de quien en con actos deliberatorios impide una afiliación o de selección de

régimen no guarda ningún sentido por más que en realidad se le quiera dar un carácter eminentemente protectora a esa norma.

Asimismo en los artículos 272 de la ley 100 del 93 y el artículo 13 del código sustantivo del trabajo y el 53 de la Constitución Política tampoco es posible concluir que la ineficacia del traslado de régimen, mejor dicho, no es posible tampoco concluir que la ineficacia del traslado de régimen ante la falta de información correcta del afiliado, ninguna de esas normas establece esa consecuencia y obviamente no hace referencia tampoco al traslado entre regímenes por lo que no hay ningún elemento de juicio para extraer de ellas una consecuencia puntual como lo es la ineficacia del acto jurídico solamente con base en una naturaleza proteccionista que se le quiera dar a esas normas.

Por lo tanto, para cuando se produjo el acto material del proceso era perfectamente admisible que la información a quienes estaban interesados en vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se suministrará en forma verbal, repito no era necesario hacerla de forma escrita y pues se hacía de forma verbal sin que por ello pudiera sostenerse que no fuera completas, transparentes o veraces o al mismo tiempo oportunas.

Por otro lado, se resalta que en la demanda se pretende hacer recaer en cabeza de la sociedad demandada toda la responsabilidad sobre el deber de dar información acerca de las consecuencias del cambio de régimen pensional, las circunstancias de que esa entidad administradora tuviera algunas responsabilidades profesionales no es excusa para que el demandante por su cuenta no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, pues aún el hecho de ser afiliada en el asunto no la eximía de actuar como con dedicación en un asunto que en realidad recae en tantas implicaciones importantes como lo es la pensión.

Resulta claro que no puede descargarse totalmente el deber de informar en cabeza a la administradora de pensiones pues en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre el afiliado quién es conocedora de su situación particular y concreta, y sus expectativas laborales que en últimas son las que permiten acceder a un mejor derecho pensional sí o no y esta situación en realidad se le escapa al fondo de pensiones en ese sentido como todo consumidor financiero la actora debió actuar de manera o en medida un poco más diligente pues en vista de los derechos que se veían inmersos en el acto jurídico que realizó o que implicaba el traslado de régimen pensional, en ese sentido cabe recordar que todos los afiliados al sistema de pensiones tenían y tienen las obligaciones de corroborar el decreto 2241 del 2010 al señalar que los consumidores financieros deben informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos y las diferentes modalidades de pensión, también aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones, los derechos y obligaciones que le corresponden al afiliado y finalmente emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como entre otras es la afiliación, el traslado, la administración de régimen o el mismo régimen, también la selección de modalidad y también la selección de una entidad que le otorgue una renta vitalicia o la elección del fondo dentro del esquema multifondos según sea el caso y según la preferencia del afiliado.

Así las cosas bajo este escenario se alejó de la normatividad vigente y aplicable el despacho como quiera que al no exigir la obligación, al no existir la obligación de trasladar de régimen de pensiones a la ahora demandante en razón a una supuesta ausencia de información completa por parte de mi representada y por otro lado al haber demostrado que mi representada realizó un claro y amplio proceso de información consecuentemente lleva a la conclusión de que no se puede considerar como una omisión por parte de porvenir ni establecer una condena o establecer condena alguna ante mi representada por dichos conceptos.

Ahora bien sin perjuicio de lo anterior si el operador judicial le resulta que en el presente recurso de apelación o resuelven el presente recurso de apelación al resolver el presente recurso de apelación considera que mi representada se encuentra en la obligación de efectuar el traslado de régimen a la actora, respetuosamente le solicito a la sala del Tribunal Superior de Bogotá que tenga de presente que ante el hipotético caso que se declare la nulidad o la eficacia no resultará viable que como parte de las prestaciones mutuas se ordene a la administradora la devolución de los gastos destinados a la administración y a las sumas que ha pagado ya como lo son conceptos por primas de seguros previsionales a las que ha sido obligada a contratar y los demás gastos que fue condenada a mi representada, ellos así porque las sumas correspondientes por ejemplo a los gastos de administración tienen un mandato legal como lo tienen las demás sumas esto es que tienen una destinación específica y en ese sentido y en ese caso cumplió plenamente el cometido en cual la demandante ha mantenido su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de mi representada pues fueron destinadas a cubrir los gastos que han implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta de ahorro individual de la demandante principalmente lo que corresponde a las inversiones tendientes a obtener el crecimiento o el incremento a la rentabilidad de sus recursos

A su turno, SKANDIA solicita sea revocado el numeral tercero y séptimo de la sentencia, puntualmente en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, pues considera que cuando se trata de las administradoras del RAIS solo se debe trasladar el saldo de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y el Fondo de Garantía de pensión mínima de RAIS.

Comenta que la Superintendencia Financiera a través del Concepto bajo radicado 2019 152169003 del 15 de enero del 2020 indicó que al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuadas por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por los conceptos de comisión de administración dado a que se destinó una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte de la actora y la otra parte para sufragar los gastos de administración.

Igualmente, refiere no sería posible retirar el porcentaje descontado por Comisión de Administración teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Solicita también se condene al llamado en garantía Mapfre Colombia frente a la evolución del porcentaje de gastos de administración en el evento en que se confirme el numeral tercero de la sentencia recurrida, dado que ya se está ordenando la devolución de los gastos de administración ya que las pólizas allegadas constituyen la prueba de la relación contractual entre Skandia y Mapfre Colombia vida y seguros S.A para que mi su representada pueda exigir el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso cómo sería devolver la prima pagada como contraprestación legal por este seguro, por tanto no debe ser Skandia quien asuma con su propio patrimonio los efectos señalados en la jurisprudencia por la

Dicho lo anterior solicito respetuosamente a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia en lo que fue adversa a mi representada es decir en el sentido de condenar a porvenir a trasladar los aportes al régimen de prima media y en ese sentido y así las cosas sustentó el recurso de apelación el cual será ampliado en debida forma en segunda instancia muchas gracias a su señoría.”

declaratoria de ineficacia. *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:33:01 Archivo 23 expediente digital)*²

Finalmente, COLPENSIONES en la alzada sostiene que no se tuvo en cuenta que la entidad es un tercero dentro del litigio y que es la que se ve más damnificada

² “Gracias su señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá con el fin de que sea revocado el numeral tercero y séptimo de la sentencia expedida en el presente proceso, sustentó mi recurso en los siguientes términos:

En lo que versan los gastos de administración es dable mencionar que en los términos de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 del 93 la tasa de cotización es del 13.5% el ingreso base de cotización, en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% de ese ingreso se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al pago de garantía de la atención mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, en concordancia con el artículo 7 del decreto 3995 en 2008 señala frente al traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones que cuando se trate de las administradoras del RAIS se deberá trasladar el saldo en la unidad de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y el Fondo de Garantía de pensión mínima de RAIS multiplicado por el valor de la unidad de gente para las operaciones del día en que se efectuó el traslado, para todos los efectos del traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima de RAIS.

Por su parte la superintendencia financiera a través del Concepto bajo radicado 2019 152169003 del 15 de enero del 2020 indicó que al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuadas por la administradora así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, de allí que de la normatividad aplicable al caso concreto como conceptos de los centros de control se concluye que no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al régimen de prima media el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin y las primas de los recursos de invalidez y sobrevivientes concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por los conceptos de comisión de administración dado a que se destinó una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte de la actora y la otra parte para sufragar los gastos de administración de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagada a la aseguradora para cubrir los gastos de invalidez y muerte de la actora y por tanto no se encuentran en las arcas de la administradora de fondo pensional Skandia.

Igualmente, no sería posible retirar el porcentaje descontado por Comisión de Administración teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y siendo ineficaz el traslado debería devolver los mismos como lo ha indicado la Superintendencia Financiera a través del concepto mencionado anteriormente.

Y en lo que versa al numeral 7 de manera respetuosa solicitamos al tribunal revocar la sentencia en el sentido de absolver al llamado en garantía Mapfre Colombia vida y seguros S.A y en su lugar se condene a éste a sufragar la condena impuesta frente a la evolución del porcentaje de gastos de administración en el evento en que se confirme el numeral tercero de la sentencia aquí recurrida dado que en la precipitada sentencia se está ordenando la devolución de los gastos de administración y como la motivación para negar al llamamiento fue que la falta de información no debe ser asumida por la aseguradora frente a lo cual me permito indicar mi oposición ya que las pólizas allegadas constituyen la prueba de la relación contractual entre Skandia y Mapfre Colombia vida y seguros SA para que mi representada pueda exigir el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que se promueva cómo sería devolver la prima pagada como contraprestación legal por este seguro.

La entidad llamada a realizar esta devolución es la aseguradora Mapfre Colombia vida y seguros S.A que fue la que recibió la prima pagada por mi representada y justamente esa es la causa que justifica el presente llamado en garantía por tanto no debe ser Skandia quien asuma con su propio patrimonio los efectos señalados en la jurisprudencia a la declaratoria de ineficacia dado que en cumplimiento de la ley 100 del 93 artículo 20 el 3% se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes es decir qué Skandia lo hizo sujeto a un mandato legal.

En ese orden de ideas una parte del ingreso base de cotización en ambos regímenes pensionales se destina a cubrir por una parte la Comisión de Administración y en favor de la respectiva sociedad administradora de fondos de pensiones y por la otra el pago de la prima del seguro provisional de invalidez y sobrevivientes en favor de la aseguradora que haya expedido el citado seguro que ampara dichos riesgos en beneficio de los afiliados al correspondiente fondo obligatorio, dejó así sustentado mi recurso de apelación muchas gracias su señoría.”

dentro de estos procesos, que permiten que una persona próxima a la edad de pensionarse cuando le falten 10 años o menos se traslade del fondo, asegurando la demandante no cumple con los requisitos contenidos en la sentencia C 789 del 2002 y en la sentencia SU 062 del 2010 pues no es beneficiaria del régimen de transición por lo tanto tampoco podía permitirse que se traslade de régimen en cualquier tiempo.

Indica con la suscripción del formulario nace a la vida jurídica una afiliación como cualquier otro acto civil y no se puede más de 20 años después alegar presupuestos que en su momento como consumidor financiero debieron haberse alegado o por lo menos verificado, máxime cuando se están hablando de derechos pensionales.

Manifiesta a pesar de que se le está permitiendo trasladarse dentro de la previsión legal también se le está beneficiando con valores que son propios del régimen de ahorro individual con solidaridad como son las cuotas de administración máxime que esas dan fe de la buena gestión que realizaron en ese momento las AFP y más un seguro previsional que lo que busca es cubrir los otros riesgos cuando una persona cotiza para invalidez y muerte, por lo que no se hace justo que hoy se sumen a la cuenta de la demandante generando valores extras que nunca hubiesen existido si continuará afiliada al Instituto de seguros sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Expresa que permitir que estas personas hoy se trasladen y que sea Colpensiones la que tenga que asumir todos los valores que van a ser reclamados va a generar una descapitalización en el sistema general de pensiones contraviniendo directamente al artículo 48 de la Constitución Política que establece la sostenibilidad financiera y el artículo 95 que establece los principios de equidad y eficiencia pensional, aduciendo se está viendo damnificada porque al permitir que se regresen estas personas pues están contraviniendo directamente a ese fondo común y están menoscabando los derechos de las personas que sí día a día vienen contribuyendo, porque justamente es con estos aportes que se sustentan las pensiones de los demás afiliados dentro del mismo fondo.

Solicita se sirva absolver de las agencias y costas de segunda instancia en razón a que nada tuvo que ver con la afiliación de la demandante. *(Audiencia virtual*

*realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:38:31 Archivo 23 expediente digital)*³.

³ “Gracias doctora de manera respetuosa me permitió interponer recurso de apelación frente al fallo proferido por el despacho de instancia para que sea el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral quien se sirva revocar las condenas hoy impuestas a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones primeramente ratificándome en lo contenido la contestación de la demanda y lo esbozado en las alegaciones finales por lo siguiente:

Honorables magistrados y su señoría dentro del fallo de instancia no se tuvo en cuenta que mi representada pues es un tercero dentro del litigio y que es la que se ve más damnificada dentro de estos procesos que permiten que una persona próxima a la edad de pensionarse cuando le falten 10 años o menos se traslada dentro del fondo, pues si bien lo que se crea en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 que lo modificó por el artículo segundo de las 797 del 2003 es una limitante dentro del tiempo pues es que los derechos no pueden ser eternos ni se le puede salvaguardar derechos a todas las personas lo que se hace con el régimen de transición y con lo contenido en estos artículos es justamente darle un límite a estas personas que en el momento pues se encontraban con una expectativa legítima, cosa pues que no sucede entre el presente caso pues la demandante no cumple con los requisitos contenidos en la sentencia C 789 del 2002 y en la sentencia SU 062 del 2010 también pues como quedó expuesto esta no es beneficiaria del régimen de transición por lo tanto tampoco podía permitirse que se traslade de régimen en cualquier tiempo, si permitimos que los derechos se hagan infinitos pues se generan nuevas cargas en este caso a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, cargas que muchas veces no son soportables en el sentido económico y me refiero a que dentro del presente proceso no habrá siquiera un cálculo de rentabilidad el cual determine que los ingresos que se van a trasladar de la AFP actual a Colpensiones alcancen a cubrir las expectativas en este caso expectativas pensionales puntualmente de la demandante y si es así honorables magistrados estos procesos de ineficacia de traslado lo que persiguen es declarar una nulidad por un vicio, en este caso en el consentimiento o en el error de acuerdo a lo que se expresó en la demanda y este error no alcanza a tener la característica de ser un error dirimente que haya determinado que todo haya cambiado en su curso y es así como con la suscripción del formulario nace a la vida jurídica una afiliación como cualquier otro acto civil y no se puede más de 20 años después alegar presupuestos que en su momento como consumidor financiero debieron haberse alegado haberse por lo menos verificado máxime cuando se están hablando de derechos pensionales y es que si la característica principal de estos de estos procesos es regresar las cosas a su estado inicial como si nunca hubiese nacido a la vida jurídica, el fallo de instancia hoy ordena no solamente retrotraer o devolver a Colpensiones los aportes sino que además gastos de administración, seguros previsionales y demás los cuales nunca hubiesen nacido a la vida jurídica si la demandante hubiese estado afiliado, hubiese continuado sin solución de continuidad con Colpensiones.

Es por ello que estos la manera cómo se administran un régimen y otro es completamente diferente, estos valores no los hubiese tenido en su cuenta sino simplemente los aportes, entonces hoy a pesar de que se le está permitiendo trasladarse dentro de la previsión legal también se le está beneficiando con valores que son propios del régimen de ahorro individual con solidaridad como son las cuotas de administración máxime que esas pues dan fe como como acaban de sustentar la apelación los anteriores apoderados, dan fe de la buena gestión que realizaron en ese momento las AFP y más un seguro provisional que lo que busca es cubrir los otros riesgos pues cuando una persona cotiza no solamente cotiza para vejez, también cotiza para invalidez y muerte y en el caso de la aquí aportante pues hubo otros rubros adicionales sobre los que cotizó por los que se tuvieron que pagar unos seguros a terceros y tampoco se hace justo que hoy se sumen a la cuenta de la demandante generando pues valores extras que nunca hubiesen existido si continuará afiliada al Instituto de seguros sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Es por ello que se puede determinar que las personas si se están viendo beneficiadas del régimen de ahorro individual con solidaridad pues si Dios no lo quiera hubiese sucedido cualquiera de los dos cubrimientos sea la invalidez o la muerte quién lo hubiese cubierto pues habría sido justamente el régimen de ahorro individual con solidaridad dependiendo la AFP si fuese Skandia o Porvenir donde se encontraba afiliada en este momento la demandante, es decir si se ha visto beneficiada al régimen de ahorro individual con solidaridad y permitir que estas personas hoy se trasladen a mi representada y que sea mi representada la que tenga que asumir además todos los valores que van a ser reclamados muy seguramente en este caso la pensión de vejez de la demandante y teniendo en cuenta que no habrá un cálculo de rentabilidad o calculo actuarial que determine que esos valores van a cubrir, pues va a generar una descapitalización en el sistema general de pensiones contraviniendo directamente al artículo 48 de la Constitución Política que establece la sostenibilidad financiera y el artículo 95 que establece los principios de equidad y eficiencia pensional.

En este sentido mi representada pues se está viendo damnificada porque al permitir o estos fallos de instancia al permitir que se regresen estas personas pues están contraviniendo directamente a este fondo común y no solamente están contraviniendo, sino que están menoscabando los derechos de las personas que sí día a día

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 5 y 6, archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 5 ibídem*), aspirando de manera principal se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES y a Porvenir a la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro emolumento debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación, de igual manera solicita en caso de haberse otorgado previamente la pensión por parte del fondo de pensional seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo todos los recursos a Colpensiones, costas del proceso que incluyan agencias en derecho, derechos *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 PORVENIR el 5 de agosto de 1999, en consecuencia, condenó a trasladar a COLPENSIONES tanto a dicha AFP como a SKANDIA la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, concediendo el término de un mes para ello y disponiendo que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, aportes y demás**

vienen contribuyendo porque justamente es con estos aportes que se sustentan las pensiones de los demás afiliados dentro del mismo fondo.

En este sentido también solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral se sirva revocar, sirva absolver de las agencias y costas de segunda instancia por las mismas razones expuestas en la parte motiva de la sentencia que decidió absolver a mi representada primera instancia y es en razón pues aquí nada tuvo que ver con la afiliación que transcurre sobre esta y nunca fue llamada dentro del mismo proceso En este sentido su señoría dejo sustentado el recurso muchas gracias.”

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 PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando ni tan siquiera le explicó las consecuencias de su traslado, sin que tampoco se haya obtenido confesión alguna por parte de la acora en su interrogatorio de parte

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 2002⁴.

Así las cosas, se registra en la cedula de ciudadanía como fecha de nacimiento de la actora el 27 de diciembre de 1966 (*Página 88 Archivo 1 Expediente Digitalizado*), 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 el 4 de julio del 2019 y ante PORVENIR el 5 de julio del 2019 (*Páginas 68 a 76 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

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

apenas con 373,71⁵ semanas equivalentes a 7 años, 3 meses y 6 días (*Historia Laboral aportada por Porvenir, pagina 325 archivo 1 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante, 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 **5 de agosto de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre de 1999** (*Páginas 302 y 430 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.

Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBPI)

Periodo Inicial Dia/Mes/Año	Periodo Final Dia/Mes/Año	Días Cotizados
01/03/1986	30/11/1986	275
01/07/1987	27/08/1990	1,154
01/09/1990	30/04/1992	608
01/06/1992	31/12/1993	579

5

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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

Así, discurrió:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la 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 demandante (*Audiencia del 30 de junio del 2022, Record: 18:24*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que su empleador le informó sobre una reunión con asesores de PORVENIR para ofrecerles el nuevo fondo de pensional, quienes pasaban por el puesto de trabajo y les hacían firmar un formulario, manifestando que el ISS se iba acabar y que tendría mejor estabilidad en la AFP.

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, 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 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 PORVENIR (*Página 302, 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 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.

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 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 1999, 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 **(5 de agosto de 1999, efectivo el 01 de octubre de 1999)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 (*Página 430 Archivo 1 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se

le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*ver certificado páginas 59 y 323 archivo 1 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 sobrevivencia⁸, 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, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Por otro lado 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.

⁸ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

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

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. y SKANDIA, 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 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 SKANDIA 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 COLPENSIONES⁹ (Páginas 367 a 369, 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.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 9 de julio del 2020, archivo 1 expediente digital pág. 425.

Finalmente, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas No. 9201407000002 y 9201411900149 (páginas 46 a 59, *Archivo 6 expediente digital*), se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108¹⁰ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolució de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisi3n.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelaci3n y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisi3n 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,

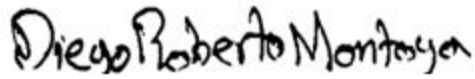
RESUELVE

¹⁰ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.
<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

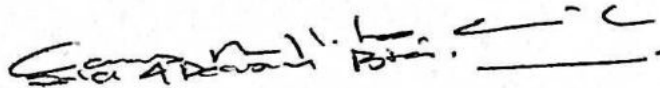
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado,
de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS CONTRA MINISTERIO DE TRANSPORTE Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 16 2019 00507 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de septiembre 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 la demandada UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de junio del 2022 (Exp. Digital: «013AudienciaVirtual.pdf», récord 1:56:34), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que el causante señor **LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA** dejó causado el derecho a la pensión restringida de jubilación en su favor conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir de la fecha de su fallecimiento, el día 11 de mayo de 1998.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante señora **MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS**, en calidad de compañera permanente sobreviviente del causante **LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA**, causó en su favor la pensión de sobrevivientes, en relación con la pensión restringida de jubilación declarada en el numeral que antecede.

TERCERO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA**

PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reconocer y pagar a la demandante señora **MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS** identificada con cédula de ciudadanía No. 27.982.670, la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente del causante **LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA** y en relación con la pensión restringida de jubilación que él mismo dejó causada, a partir del día 12 de mayo de 1998 en cuantía inicial de \$387.731 moneda corriente, junto con mesadas adicionales de junio y diciembre, y con los respectivos reajustes anuales de ley.

Retroactivo de mesadas que deberá reconocerse de manera indexada, conforme a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo como índices iniciales los de causación de cada mesada no afectada por la prescripción, y como índice final, el vigente para la fecha del pago del retroactivo correspondiente.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de mesadas que alegó la demandada **UGPP**, respecto de las mesadas pensionales en favor de la demandante, y que se causaron hasta el día 10 de mayo del año 2016, y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por la **UGPP**.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva impetrada por el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y, por tanto, se le absuelve a esta entidad de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la demandada **UGPP**, y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes como valor de las agencias en derecho.

SEXTO: Sin condena en costas a favor ni a cargo del **MINISTERIO DE TRANSPORTES** debido al resultado de la litis».

Inconforme con la decisión, la apoderada de la UGPP interpuso recurso de apelación señalando, que los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión sanción no es encontrarse afiliado al sistema general de pensiones, como segundo un despido sin justa causa y de acuerdo a lo qué obra en el expediente no existe un despido sin justa causa al aquí causante, asimismo el tiempo de servicio exigido para el reconocimiento, la edad requerida para la fecha del retiro y en este caso me permito manifestar que el causante acreditó al momento del fallecimiento solamente la edad de 45 años, concluyendo, no se cumplen con los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 171 a 1961 y en consecuencia, los del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que no se configuró un despido sin justa causa y tampoco al primero de abril de 1994 el señor aquí fallecido contaba con el requisito de edad. Por lo tanto, no era posible reconocer la pensión de jubilación proporcional post mortem.

Adicionalmente, refirió, conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 y que al 1° de abril de 1994, el causante no había cumplido con la edad requerida por

la Ley para ser beneficiario de la prestación que hoy se reclama, no le asiste el derecho a la aquí demandante quien reclama ser su compañera permanente¹ (récord: 2:01:20, 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 MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 2 y 3 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a páginas 4 a 8 del archivo «001ExpedienteDigital.pdf», aspirando principalmente se declare que entre la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte hoy Ministerio de Transporte y el señor LEOPOLDO SANCHEZ ABAUNZA (q.e.p.d.), existió un contrato de trabajo a término indefinido en calidad de TRABAJADOR OFICIAL, en el cargo de OPERADOR DE MAQUINA PESADA III, desde el 17 de marzo de 1976 al 30 de noviembre de 1993, con 60 días de interrupción, habiendo sido despedido sin justa causa a partir del 1 de diciembre de

¹ «Su señoría si me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia que ha proferido en estos momentos el despacho, solicitándole desde ya al honorable tribunal que se sirva revocar lo que aquí se ha decidido en esta instancia, para ello me voy a permitir traer a colación los lineamientos que han sido impartidos por la entidad a la que actualmente represento:

En primera medida me permito reiterar que los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión sanción no es encontrarse afiliado al sistema general de pensiones, como segundo un despido sin justa causa y de acuerdo a lo que obra en el expediente no existe un despido sin justa causa al aquí causante, asimismo el tiempo de servicio exigido para el reconocimiento, la edad requerida para la fecha del retiro y en este caso me permito manifestar que el causante crédito al momento del fallecimiento solamente la edad de 45 años, asimismo con ello podemos concluir que no se cumplen con los requisitos que han sido exigidos, que exige el artículo 8 de la ley 171 a 1961 y en consecuencia los que son exigidos en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, toda vez que no se demostró que se configuró un despido sin justa causa y tampoco al primero de abril de 1994 el señor aquí fallecido contaba con el requisito de edad.

Por ello su señoría me permito manifestarle al honorable tribunal que la UGPP no puede reconocer la pensión de jubilación proporcional post-mortem que ha sido solicitado por la demandante la señora María Dolores Gómez Cárdenas en calidad de compañera permanente del señor Leopoldo Sánchez Abaunza en razón a que no se cumplían con los requisitos para acceder a dicho reconocimiento.

Adicionalmente su señoría me permito traer a colación el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de nuestra Constitución Política y que implementó una serie de modificaciones constitucionales en lo que refiere a materia pensional que afectaron entre otros el régimen de transición de la ley 100 de 1993, así como la vigencia de regímenes especiales exceptuados en las condiciones establecidas mediante pactos o convenciones colectivas de trabajo para acceder a las pensiones correspondientes, en efecto esta modificación constitucional estatuyó que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serían los establecidos en las leyes del sistema general de pensiones y por ende no podrá dictarse a disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido y en materia de pensiones convencionales el parágrafo segundo de este acto legislativo de una manera expresa manifestó a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico, condiciones pensionales diferentes a las que ya se encuentran establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, asimismo el parágrafo transitorio del mismo acto estableció una fecha en la cual se dio una extinción definitiva de estos regímenes pensionales de tipo convencional de la siguiente forma, “las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidos en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán su vigencia al 31 de julio de 2010.

De conformidad con todo eso su señoría es claro señalar, se reitera que al primero de abril del 94 el señor causante Leopoldo Sánchez Abaunza no había cumplido con la edad requerida que nos exige la ley para ser beneficiario de la prestación que hoy se reclama y entonces conforme a esto lo expuesto mucho menos le asiste al derecho a la aquí demandante quien reclama ser su compañera permanente, muchas gracias su señoría en esos términos dejó rendido el recurso de apelación que acaba de impetrar esta defensa»

1993. Esto es, durante 6314 días, equivalentes a 17 años, 6 meses y 14 días, por ende, tiene derecho a la Pensión Sanción Post Mortem de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Se declare que en calidad de compañera permanente del ex trabajador oficial, madre de los tres hijos del causante y con quien convivía al momento del deceso, es beneficiaria con mejor derecho, de la pensión de sobrevivientes sobre la pensión sanción post mortem; en consecuencia solicita se condene a la demandada a reconocer y ordenar el pago de la pensión sanción post mortem y la respectiva sustitución pensional debidamente indexada a partir del 11 de mayo del 1998, fecha en que ocurrió el deceso del causante, incluyendo las mesadas de junio y diciembre, actualizando el último salario promedio mensual de \$230.283,92; se ordene el pago de las mesadas causadas a futuro, con los respectivos aumentos legales y los intereses hasta que se efectúe el pago, costas y agencias en derecho; **obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, en donde se declaró que el causante señor LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA dejó causado el derecho a la pensión restringida de jubilación, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, a partir de la fecha de su fallecimiento el día 11 de mayo de 1998 y a su vez, se declaró la demandante en calidad de compañera permanente del causante, causó en su favor la pensión de sobrevivientes. Se condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del día 12 de mayo de 1998 en cuantía inicial de \$387.731, junto con mesadas adicionales de junio y diciembre, y con los respectivos reajustes anuales de ley. Declaró probada la excepción de prescripción de mesadas que alegó la demandada UGPP, respecto de las mesadas pensionales en favor de la demandante, y que se causaron hasta el día 10 de mayo del año 2016.

Lo anterior, tras considerar que el causante a la fecha de su fallecimiento el 11 de mayo de 1998, había dejado reunidos los requisitos de causación de la pensión restringida de jubilación, esto es, tiempo de servicios y el retiro injusto de su empleo, lo que le daba el derecho a la pensión restringida de jubilación conforme al artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y, su reconocimiento post mortem era procedente. Precizando, la legitimación en la causa para solicitar esa pensión también la tiene la señora María Dolores Gómez en su calidad de compañera permanente supérstite, quien acreditó los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, establecidos por la ley 100 de 1993, artículos 46 y 47 originales, conforme a las declaraciones extra juicio allegadas y de las cuales, no se solicitó ratificación dentro

del juicio, sumado a la investigación administrativa realizada por la accionada a través de una firma que contrató para esos fines, donde se dio cuenta que la actora convivió por más de 2 años consecutivos con anterioridad a la muerte del causante la demandante y también se aportaron registros civiles de nacimiento que daban cuenta de que la actora y causante procrearon dos hijos.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa por vía de apelación y consulta en favor de la UGPP, es menester precisar, conforme puede verificarse en el Certificado de Información Laboral que el señor LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 17 de marzo de 1976 hasta el 30 de noviembre de 1993 con una interrupción de 60 días, en calidad de trabajador oficial desempeñando el cargo de OPERADOR MAQUINA PESADA III, tal como se deduce de lo obrante de páginas 27 a 34 en el archivo «001ExpedienteDigital.pdf», de igual modo, que la vinculación laboral culminó por supresión del cargo, tal como se admitió en la contestación del hecho 3 de la demanda por parte del Ministerio de Transporte (pág. 105 ib.). Circunstancias fácticas que también se admiten por dicho ministerio en la comunicación vista de páginas 22 a 25, ib:

1. En el certificado laboral 20180818625 del 28 de agosto de 2018, emitido por el Coordinador del Grupo Certificaciones Laborales para Pensión, se determinó que el señor LEOPOLDO SANCHEZ ABAUNZA (q.e.p.d.) identificado con cédula de ciudadanía No. 5.710.700, tuvo una relación laboral con el extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte MOPT, del 17 de marzo de 1976 al 30 de noviembre de 1993; desempeñando el cargo de Operador Maquina Pesada III.
2. Desde su ingreso, del 17 de marzo de 1976 al 30 de noviembre de 1993, con 60 días de interrupción, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte MOPT, efectuó los descuentos reglamentarios de afiliación y periódicos con destino a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, atendiendo las obligaciones como empleador en cuanto a aportes para pensión, dando cumplimiento a las disposiciones de la Ley 6 de 1945, que creó la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL y que señala: “Son afiliados forzosos de la Caja, los empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la nación en cualquiera de las ramas del poder público, cuyos sueldos, salarios y emolumentos se paguen exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional” (Decreto 1600 de 1945 artículo 3).
3. El cargo del señor LEOPOLDO SANCHEZ ABAUNZA (q.e.p.d.) fue suprimido legalmente en virtud del Decreto 2094 del 21 de octubre de 1993, “por el cual se suprimen algunos cargos de la Planta de Personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte” y en cumplimiento de éste, se expidió la Resolución Ministerial No. 15924 del 09 de noviembre de 1993, por medio de la cual fue retirado del servicio a partir del 30 de noviembre de 1993.

De tal manera, inicialmente habrá de recordarse, el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en lo que aquí interesa:

«El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad». (Subrayado y negrilla de la Sala).

Así pues, conforme se puede verificar con las copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (páginas 19 y 88), el señor LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA nació el 16 de diciembre de 1952 y falleció el 11 de mayo de 1998 (pág. 35, ib.) y, de conformidad con la certificación atrás referida, se puede corroborar que éste prestó sus servicios al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por espacio de 17 años, 6 meses y 17 días.

Así las cosas, su vinculación terminó después de 15 años de servicios, por supresión del cargo en virtud del Decreto 2094 de 1993 (Por el cual se suprimen algunos cargos de la planta de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte), lo cual si bien resulta legal no puede calificarse como una justa causa, conforme así se ha dejado explicado con claridad por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto puede consultarse la Sentencia CSJ SL2695-2022 que rememoró lo establecido desde la sentencia CSJ SL, 11 mar. 1997, rad. 9019, reiterada entre otras muchas en las sentencias CSJ SL, 19 jul. 2000, rad. 13395; CSJ SL, 24 abr. 2007, rad. 30008; CSJ SL, 03 may. 2011, rad. 37467; CSJ SL19440-2017, CSJ SL2343-2020 y CSJ SL4176-2021².

² En esta última decisión se señaló:

«Al respecto, resulta suficiente lo precisado al desatar los puntos que anteceden, relacionados con la naturaleza del vínculo contractual que ató a las partes, para concluir que el juez de segundo grado no incurrió en error alguno, además de advertir, que así mismo se dejó libre de ataque los verdaderos fundamentos que se tuvieron para determinar que la relación contractual fue fenecida unilateralmente por Caprecom y bajo el presupuesto del cierre de la IPS sede Ibagué, en la cual el demandante prestaba sus servicios, motivo que determinó el juez, no constituye una justa causa para dar por terminada la relación laboral, por cuanto dicho presupuesto no se encuentra regulado dentro de las causales establecidas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, lo cual indicó, se acompasa con lo adocinado por esta Sala, entre otras providencias en CSJ SL9380-2017 y CSJ SL3271-2017.

Posición jurisprudencial que ciertamente ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras en sentencias CSJ SL 3104-2018, SL2960-2018 y SL2343-2020, expresando en esta última que “esta Sala de la Corte ha explicado en profusa jurisprudencia que la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido, por lo menos, no de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, precepto aplicable, en su momento, al demandante». (Subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto al requisito de la edad si bien el fallecido no alcanzó los 50 años de edad tras haber fallecido el 11 de mayo de 1998 cuanto tenía cumplidos apenas 45 años, lo cierto es la muerte habilitó el requisito de la edad y, ya el causante había reunido los demás requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con la vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 a partir de la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aspecto también apelado por la pasiva, debe precisar la Sala, la Corte Suprema de Justicia ha determinado de manera clara en reiterada jurisprudencia, que la pensión restringida de jubilación por despido injusto consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causa con el despido del trabajador después de 15 años de servicios, siendo la edad de 50 años solo un requisito para su exigibilidad, por lo que ese derecho adquirido no se pierde por la aparición de nuevas disposiciones en materia de seguridad social, como sería para el caso, la Ley 100 de 1993.

En el *sub examine*, para la fecha en que se produjo la desvinculación, legal pero injusta, del causante, 30 de noviembre de 1993, la citada preceptiva no se encontraba derogada, como quiera que para dicha data la Ley 100 de 1993 no existía en el ordenamiento jurídico, por lo que, al regularse el derecho pretendido por la norma vigente al momento de su causación, la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso de autos. Así fue definido por la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, tramitado bajo el radicado No. 38885 de 2010³ y en la SL 5031 del 9 de diciembre del 2020⁴.

³ «Siendo ello así, al tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no puede decirse que dicha prestación fue derogada por el artículo 133 de la misma, pues tal normatividad no estaba vigente para el 15 de noviembre de 1991, cuando terminó la relación laboral entre las partes, ni que la pensión reclamada pueda desconocerse por el hecho de que el demandante hubiese estado afiliado al I.S.S., dado que el precepto legal que contiene los supuestos fácticos de la misma, no consagra como uno de los requisitos para su concesión la omisión de la afiliación a la seguridad social; ni tampoco por la circunstancia de que eventualmente pueda tener derecho a la pensión de vejez contenida en la citada ley”.

⁴ “De otro lado, respecto al segundo problema jurídico a resolver por la Corte, es pertinente poner de presente que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario con más de 15 años de servicios, que es la solicitada por el aquí demandante, no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por el hecho de que el empleador afilió a su trabajador en el año 1969, puesto que las pensiones reconocidas por el ISS no desplazaron, sustituyeron ni mucho menos derogaron aquellas que corrían a cargo exclusivo de los empleadores, al punto que las reguladas en la Ley 171 de 1961 conservaron plena validez, bien hasta la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 para el caso de los trabajadores particulares, ora hasta la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores oficiales.

De esta manera lo ha adoctrinado esta corporación, en razón a que dicha prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez, sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para castigar al empleador que despedía a sus trabajadores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se impedía el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.”

En la misma dirección, y a efecto de zanjar cualquier duda, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, tiene decantado pacíficamente que las prestaciones de la Ley 171 de 1961, en sus categorías de pensión sanción y pensión restringida por retiro voluntario, «...no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta»⁵.

Y en cuanto al cumplimiento de la edad como requisito para acceder a la pensión de que se trata en el presente asunto, ha sido pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en señalar que acreditados el tiempo de servicios y el retiro del trabajador (por despido o voluntario), el cumplimiento de la edad únicamente determina el momento de exigibilidad y disfrute del derecho, entre otras, pueden consultarse las sentencias proferidas dentro de los procesos con radicación 32378 del 21 de mayo de 2008, 32228 del 17 de junio de 2008⁶, 36224

⁵ Sentencia CSJ SL4578 -2014: «Ciertamente este tema no ha sido pacífico, según se puede apreciar en la motivación de la sentencia el tribunal objeto el presente recurso que se fundó en un precedente de esta Sala, pero se tiene que, a partir de la sentencia CSJ SL818-2013, mediante la cual se resolvió un recurso de casación interpuesto por un empleador que había sido condenado en instancia a reconocer una pensión restringida de jubilación, similar a la que se debate en el presente asunto, esta Sala decidió reiterar el criterio de que las pensiones previstas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas, de forma inmediata, por la pensión de vejez que el ISS asumió conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada mediante el D. 3041 de 1966, lo cual derrumba por su base la sentencia acusada, como se puede deducir de los razonamientos del citado precedente que seguidamente se transcriben:

La controversia planteada en los dos cargos de la demanda de casación consiste en establecer sí, como lo afirmó el Tribunal, para accederse a la pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 bastaba al trabajador con prestar más de 15 años de servicio al mismo empleador y no obtener la pensión de vejez, al margen de que hubiera o no renunciado voluntariamente al trabajo y con independencia de que hubiera sido o no afiliado oportunamente por su empleador al Instituto de Seguros Sociales. O sí, como lo aduce la recurrente, la afiliación oportuna del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, cuando quiera que para el momento de la asunción de riesgos por la entidad de seguridad en la particular región aquél contaba con menos de 10 años al servicio del empleador, y su retiro se producía de forma voluntaria, daba lugar a la subrogación del riesgo, por ende, a la desaparición del derecho a la pensión establecida en el citado precepto.

Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.

Así, en idéntico asunto al aquí tratado, y seguido contra la recurrente por otro de sus servidores, así se expresó la Corte en sentencia de 9 de octubre de 2001, radicación 16646:

(...)

6 “En cambio, la pensión proporcional por retiro voluntario del trabajador surge al mundo del derecho cuando ocurre la terminación voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador después de haber servido durante 15 años o más.

Es decir, la terminación voluntaria del contrato de trabajo y la prestación de servicios durante 15 años o más constituyen los dos únicos elementos estructurales del derecho a la pensión restringida de jubilación.

Por consiguiente, una vez reunidos estos dos requisitos (terminación voluntaria del nudo contractual de estirpe laboral y labores durante 15 años o más), la pensión restringida de jubilación en comento abandona su calidad jurídica de mera expectativa y pasa a convertirse en un derecho adquirido del trabajador, esto es, en una situación jurídica concreta, que, como tal, no puede ser modificada por una norma posterior.

La edad, en consecuencia, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino tan sólo una condición para la exigibilidad del pago. Precisamente por ello, esta Sala de la Corte ha admitido, con reiteración, las condenas de futuro a pensión restringida de jubilación, para cuando el trabajador alcance los 60 años de edad, siempre que hubiese acreditado las dos exigencias de tiempo de servicios y retiro voluntario, desde luego».

del 31 de marzo de 2009, 37266 del 18 de noviembre de 2009, providencias que exponen el referido criterio, el cual fue corroborado en sentencias con radicación 41998 del 24 de agosto de 2010⁷, 45545 del 6 de septiembre de 2011, 38051 del 4 de julio de 2012⁸ y más recientemente en la CSJ SL839 del 1º de marzo del 2021⁹.

En otro giro, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala acoge al criterio expuesto entre otras, en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia SL17066 del 26 de noviembre de 2014 rad. No. 38885¹⁰, SL13192 del 23 de septiembre de 2015 rad. 62723¹¹ y SL2427 del

⁷ “2. La edad no es un requisito de causación del derecho a la pensión restringida. En lo atinente a la edad como requisito de exigibilidad de las pensiones restringidas, ha sido conteste y reiterada la jurisprudencia de la Corte en incontables fallos, hoy muchedumbre, en el sentido de considerar que ella no es un elemento de causación del derecho, sino de su exigibilidad. Así fue concebida desde sus comienzos, dada la caducidad prescrita en la parte final del original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo...”.

⁸ En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 2011, radicación 45545, en la se rememoró la del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, entre otras, se dijo: “... “De otro lado, también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión.

“En las condiciones anotadas, resultaba evidente que la normatividad aplicable para resolver los conflictos jurídicos que se presentaran, eran las vigentes al momento de la causación del derecho y no las del cumplimiento de la edad del beneficiario”.

⁹ “la pensión restringida de jubilación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios y la desvinculación del trabajador por las causales allí previstas, esto es, el despido sin justa causa o el retiro voluntario, siendo la edad un presupuesto de simple exigibilidad.”

¹⁰ “En sede de casación, la Corte concluyó, que como la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la L. 33/1985, la cual dispone en su artículo 1º, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación remitida por la entidad demandada en cumplimiento de lo ordenado por la Sala, en la que se informa que el señor Cesáreo Gálvez Perdomo laboró mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, dentro del período comprendido entre el 9 de enero de 1976 y el 15 de noviembre de 1991 y se detallan las distintas remuneraciones que devengó el demandante en el último año de servicios, se obtiene como salario promedio de ese lapso la suma de \$214.599,54 que no es posible tomar en su totalidad como lo hizo el Tribunal, por las razones que se pasan a explicar a continuación.

¹¹ “Ahora, como el demandante no se desempeñó como trabajador particular al servicio de ÁLCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, ALCO, sino como trabajador oficial, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido de llenar sus exigencias sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que a la letra reza:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Y su liquidación se hará conforme a lo señalado en el mentado artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año que modificó el 3º de la ley anterior y que así dice:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”

En suma, el Fondo demandado deberá liquidar la pensión reconocida en las instancias, desde la fecha de su exigibilidad e indexada, en el 69% establecido por el juzgado, del valor que le hubiera correspondido por la pensión plena de jubilación conforme a las normas indicadas. Por lo reseñado se revocará la sentencia del juzgado en este especial aspecto y se ordenará lo que en su reemplazo corresponde.”

17 de febrero de 2016 radicación No. 52339¹², las cuales indican que la pensión aquí pretendida debe liquidarse conforme a la que habría correspondido en el evento en que el causante Leopoldo Sánchez Abaunza, hubiera reunido las exigencias para gozar de la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos primero y tercero¹³ de dicha disposición.

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos jurisprudenciales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el Formato No. 3 (B) CERTIFICACION DE SALARIOS MES A MES emitido por el Ministerio de Transporte y el CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS - CETIL emitido por el MINISTERIO DE HACIENDA, lo devengado por el causante fue de **\$187.219**¹⁴ (pág. 33 «001ExpedienteDigital.pdf» y págs. 198-199 «5710700 UNIFICADO.pdf»), el cual solo puede incluir los factores salariales reseñados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 percibidos por el causante, esto es, asignación básica, advirtiendo los demás factores que podían tenerse en cuenta (*gastos de representación, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo*

¹² “Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015.”

¹³ Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Artículo 3°. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

14

MES	SALARIO
dic-92	\$ 156.457
ene-93	\$193.998
feb-93	\$175.224
mar-93	\$193.998
abr-93	\$187.740
may-93	\$193.998
jun-93	\$187.740
jul-93	\$193.998
ago-93	\$193.998
sep-93	\$187.740
oct-93	\$193.998
nov-93	\$187.740
TOTAL	\$2.246.629
PROMEDIO	\$187.219

suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio) no fueron devengados por el causante.

Establecido el salario devengado por el ex trabajador fallecido, se procede entonces a su indexación al año 1998 (año de fallecimiento del señor Sánchez Abaunza, pág. 35), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470¹⁵ y 31222¹⁶, valor al cual se le aplica el porcentaje proporcional hallado de 66.75% por los 6.408 días laborados¹⁷, que corresponde a la proporción señalada en la norma así:

¹⁵ Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación.

En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993.

De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores. ”

¹⁶ “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones. En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comentario y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

¹⁷ 6408 días x 75/7200=66.75%

VH	IPC Final Dic/97	IPC Inicial Dic/92	VA	Monto	Valor Primera Mesada Actualizada
\$187.219	44.72	17.39	\$481.174	66.75%	\$321.184

Toda vez que conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor inferior como primera mesada pensional, se modificará la cuantía establecida por el Juez de instancia (\$387.731), en atención al grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, advirtiendo la Sala que la mesada disminuyó en ésta instancia, toda vez que el a quo conforme a lo indicado en las consideraciones tomó como salario la suma de \$230.283,92, el cual incluye todos los factores devengados por la causante que, como ya se vio, no se pueden tomar en su totalidad, además no se descontaron los 60 días no laborados que indican los certificados de tiempos de servicios y, no se indexó en debida forma, conforme lo establece el Alto Tribunal.

En este orden de ideas, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional post – mortem, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, 11 de mayo de 1998 (pág. 35, ib.), la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, sin la modificación introducida por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, y que en su parte pertinente señalaba que tenían derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite; señalando el literal a) del artículo 47 citado que, *«En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte,~~ y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, **salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido...**».*

Respecto al requisito relacionado con la convivencia, considera la Sala, que está plenamente acreditada la calidad de compañera permanente supérstite de la demandante respecto del finado LEOPOLDO SÁNCHEZ ABAUNZA toda vez se aportó declaración extra proceso de DORIS AMANDA DIAZ RUIZ (págs. 78 y 79), donde se manifestó:

TERCERO: Declaro bajo la gravedad del juramento que se y me consta que el señor
LOEPOLDO SANCHEZ ABAUNZA (Q.E.P.D) a la fecha de su fallecimiento convivía en
union libre con la señora MARIA DOLORES GOMEZ CARDENAS mayor de edad,
identificada con la cédula de ciudadanía número 27982670 expedida en Barbosa -
Santander, compartiendo lecho, techo y mesa de manera permanente y sin ninguna
interrupcion hasta la fecha de su fallecimiento, convivieron durante 10 años; manifiesto que
el señor LOEPOLDO SANCHEZ ABAUNZA (Q.E.P.D) y la señora MARIA
DOLORES GOMEZ CARDENAS procrearon tres hijos de nombres: LILIANA ROCIO
SANCHEZ GOMEZ, LEIDY CAROLINA SANCHEZ GOMEZ, DAVID LEONARDO
SANCHEZ GOMEZ hoy en día mayores de edad, se y me consta que el señor LOEPOLDO
SANCHEZ ABAUNZA (Q.E.P.D) no dejo testamento alguno, no dejo administrador de
los bienes en un proceso de sucesion, ni designacion de albacea. * * * * *
* * * * *

Declaración a la que se le da valor probatorio en tanto se corrobora con el informe técnico de investigación efectuado por la firma COSINTE LTDA para la UGPP en aras de verificar administrativamente el requisito de convivencia entre dicha pareja (Archivo «5710700 UNIFICADO.pdf», págs. 1 a 11), donde se concluyó:

CONCLUSIÓN GENERAL

CONFORME: De acuerdo a la revisión, análisis y validación de documentos aportados en la presente solicitud por **Maria Dolores Gomez Cardenas**.

Se estableció que la señora María Dolores Gómez Cárdenas y el señor Leopoldo Sánchez Abaunza, convivieron desde abril 1988 hasta el 11 de mayo 1998, fecha de fallecimiento del causante.

Adicionalmente, la pareja procreó tres hijos conforme se acredita con los registros civiles de nacimiento aportados de folios a 37 a 42; conforme a lo cual se concluye con claridad que el causante y la accionante mantuvieron una convivencia continua más allá de los dos años anteriores al momento de la muerte, lo cual le otorga a la promotora del proceso la calidad de beneficiaria, por lo que se impone sustituirle la pensión causada por su consorte, en un monto correspondiente al 100% de la reconocida a la trabajadora fallecida a partir de la fecha de su óbito, en los términos del artículo 48 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, recuérdese que al no existir duda acerca del retiro del ex trabajador después de haber laborado por más de 15 años con la misma empleadora, es claro que dejó causada la pensión sanción a partir de su fallecimiento, ocurrido el 11 de mayo de 1998 (pág. 35, «001ExpedienteDigital.pdf»), pese a que cumpliría la edad de 50 años el 26 de diciembre del 2002 como se verifica con la copia de la cédula de ciudadanía visible a página 88.

Sobre este punto la H. Corte Suprema de Justicia ha expresado que «la muerte del beneficiario antes de cumplir la edad no cambia el carácter sustituible de la prestación, dado que aquella sólo es un requisito de exigibilidad, el cual se anticipa

con el deceso», al respecto pueden consultarse entre otras, las sentencias CSJ SL3210-2016¹⁸, CSJ SL997-2015¹⁹ y CSJ SL8022-2014²⁰.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a **14 mesadas**, pues a pesar de haberse causado la pensión en 1993, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que en virtud de la expedición de esa ley (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -11 de mayo de 1998- (cuando el ex trabajador falleció), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por ende se confirmará este punto la decisión.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada UGPP (pág. 9., «004CDFolio83ContestacionUGPP.pdf»)²¹, debe señalarse en éste punto, si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así

¹⁸ 3.1 Anticipación de la edad por muerte del causante en tratándose de la pensión restringida de jubilación de la L. 171/1961 Clarificado que la edad es un requisito para la exigibilidad de la pensión restringida de jubilación, más no para su nacimiento, es pertinente agregar que la muerte del causante anticipa la edad de conformidad con el art. 12 de la L. 171/1961, aclarado por la L. 5ª/1969, que señala:

Artículo 12. Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes (Subrayado fuera del texto original).

En las voces de la norma en cita, los beneficiarios allí enlistados, dentro de los cuales se encuentra la cónyuge, tiene la prerrogativa a sustituir **el derecho** a la pensión del causante; derecho que como se explicó, nace desde el mismo momento en que el trabajador se retira del servicio una vez cumplido el tiempo mínimo de servicios de 15 años. En el sub examine, es claro que el derecho del causante surgió desde la fecha en que renunció voluntariamente a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (17 de septiembre de 1965), después de haber laborado por 19 años, 6 meses y 1 día.

Así igualmente, lo ha entendido esta Sala en reiterada jurisprudencia al considerar que «tratándose de la sustitución de una pensión que se causa por el retiro voluntario del trabajador, las reglas de la sustitución no modifican el momento de su causación» (CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 34779, reiterada en CSJ SL8022-2014).

¹⁹ Dado que está fuera de discusión que Maribel Ávila Demoya laboró al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 17 de diciembre de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1992, es decir durante más de 19 años, que fungió como trabajadora oficial y que su retiro se produjo en forma voluntaria, en virtud de conciliación celebrada entre las partes, **tiene derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 a partir de la fecha de su muerte, es decir el 22 de febrero de 2002, momento desde el cual se sustituye el derecho en cabeza del demandante, toda vez que, contrario a lo considerado por el fallador de segundo grado, el deceso de la causante sí habilita al cónyuge supérstite para disfrutar el derecho que ya se había consolidado en cabeza de su esposa**, puesto que para esta última calenda se encontraba en pleno vigor el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que legitima al cónyuge sobreviviente para acceder a la revisión reclamada.

Aún si se diera aplicación a las normas sobre la materia que antecedieron al Estatuto de la Seguridad Social Integral, el accionante tendría derecho a la sustitución pensional toda vez que la habilitación de la edad fue una figura expresamente adoptada por el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, aplicable a este caso, como se consideró en sentencia 34779 de 7 de julio de 2009, en un litigio contra la misma demandada, y en decisión más reciente SL 18 jun 2014, rad. 8022-2014.

²⁰ No existe controversia sobre estos puntos: i) Omar Adolfo Gerdtz Ramón trabajó para la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, del 26 de diciembre de 1967 al 22 de agosto de 1985, esto es por 17 años y 27 días; ii) suscribió acta de conciliación en la que se terminó el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y se pactó el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad (22 de diciembre de 2005) y iv) falleció el 18 de agosto de 2002. La discusión estriba en determinar la viabilidad de declarar la sustitución de la pensión sanción, cuando quiera que aún no se había cumplido la exigencia de la edad, pero si la del tiempo de servicio. Para el Tribunal, no era viable tal pretensión, en la medida en que el derecho no se encontraba causado, y por tanto la actora debía regirse por las normas de la pensión de sobrevivientes al momento del fallecimiento, sin que ello le fuera imputable a la demandada.

En tal contexto debe indicarse que **esta Corte ha sostenido, de antaño que el retiro del trabajador, con el tiempo de servicio exigido por la ley es el que causa la pensión restringida de jubilación, de manera que el deceso antes de cumplir la edad no lleva a la variación de las reglas de sustitución, dado que aquella solo está prevista para su cobro, que en este evento se anticipa con la muerte.**

²¹ Por auto del 25 de mayo de 2022, se tuvo por contestada la demanda de la UGPP (págs. 158-159, 001ExpedienteDigital).

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 a la sustitución pensional se hizo exigible el 11 de mayo de 1998 fecha en que falleció el señor Leopoldo Sánchez Abaunza, acudiendo a reclamar por vía administrativa la prestación pensional solo hasta el 05 de marzo de 2019 (pág. 19, «5710700 UNIFICADO.pdf»), obteniendo respuesta negativa a través de las Resoluciones RDP 011971 del 10 de abril de 2019, RDP 016118 del 27 de mayo de 2019 y RDP 019801 del 04 de julio de 2019 (págs. 12 a 22, ib.) y, ante la jurisdicción el 29 de julio de 2019 (pág. 92, «001ExpedienteDigital.pdf»), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el disfrute de la prestación causada y la fecha de reclamación administrativa transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales o eventuales diferencias causadas con anterioridad al **05 de marzo de 2016** se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, sin embargo, como el operador judicial de primer grado, declaró probado dicho medio exceptivo respecto de las mesadas que se causaron hasta el día 10 de mayo del año 2016 y este puntualísimo aspecto se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, procede la confirmación de la sentencia.

Así las cosas, procede esta Sala de decisión a concretar el retroactivo pensional causado en favor de la promotora del litigio, en vista de su no concreción en primer grado, para lo cual se tendrá en cuenta la modificación del valor de la primera mesada obtenida por el Juez de primer grado.

Por ende, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, de conformidad con lo anteriormente expuesto, se obtiene como valor adeudado por retroactivo de mesadas pensionales, del 10 de mayo del 2016 al 30 de septiembre del 2022 (fecha en que se profiere esta sentencia), la suma de **\$128.633.421** valor que se seguirá causando hasta el momento de su pago, adicionándose este punto al fallo de primera instancia.

CALCULO DEL RETROACTIVO DE MESADAS				
DESDE	HASTA	EVOLUCIÓN MESADA CALCULADA	No. MESADAS	RETROACTIVO
11/5/1998	31/12/1998	\$321.184	9,67	PRESCRITO
1/01/1999	31/12/1999	\$374.822	14	PRESCRITO

EXP. No. 16 2019 00507 01 MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS CONTRA MINISTERIO DE
TRANSPORTE Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. -

1/01/2000	31/12/2000	\$409.418	14	PRESCRITO
1/01/2001	31/12/2001	\$445.242	14	PRESCRITO
1/01/2002	31/12/2002	\$479.303	14	PRESCRITO
1/01/2003	31/12/2003	\$512.806	14	PRESCRITO
1/01/2004	31/12/2004	\$546.087	14	PRESCRITO
1/01/2005	31/12/2005	\$576.122	14	PRESCRITO
1/01/2006	31/12/2006	\$604.064	14	PRESCRITO
1/01/2007	31/12/2007	\$631.126	14	PRESCRITO
1/01/2008	31/12/2008	\$667.037	14	PRESCRITO
1/01/2009	31/12/2009	\$718.199	14	PRESCRITO
1/01/2010	31/12/2010	\$732.563	14	PRESCRITO
1/01/2011	31/12/2011	\$1.002.107	14	PRESCRITO
1/01/2012	31/12/2012	\$1.022.149	14	PRESCRITO
1/01/2013	31/12/2013	\$1.054.551	14	PRESCRITO
1/01/2014	31/12/2014	\$1.093.886	14	PRESCRITO
1/01/2015	31/12/2015	\$1.120.576	14	PRESCRITO
1/01/2016	09/05/2016	\$1.264.290	4,30	PRESCRITO
10/05/2016	31/12/2016	\$1.264.290	9,70	\$ 12.263.614
1/01/2017	31/12/2017	\$1.336.987	14	\$ 18.717.814
1/01/2018	31/12/2018	\$1.391.669	14	\$ 19.483.373
1/01/2019	31/12/2019	\$1.435.925	14	\$ 20.102.944
1/01/2020	31/12/2020	\$1.490.490	14	\$ 20.866.856
1/01/2021	31/12/2021	\$1.514.487	14	\$ 21.202.812
1/01/2022	30/09/2022	\$1.599.601	10	\$ 15.996.007
TOTAL, RETROACTIVO				\$128.633.421

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena al pago de indexación del retroactivo por mesadas pensionales, a juicio de la Corporación, 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 causaron a partir del 10 de mayo del 2016, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su causación 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, por lo que en este punto se confirmará la sentencia recurrida.

Finalmente, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora²², 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».

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar la sentencia de primera instancia, con el fin de indicar que la pensión restringida de jubilación post mortem reconocida al causante y sustituida a la accionante a partir del 11 de mayo de 1998, deberá ser en cuantía de **\$321.184** así mismo se adicionará el valor del retroactivo al que fue condenada la entidad y se autorizará el descuento de los aportes a salud.

Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el ordinal **TERCERO** de la sentencia proferida en instancia, en el sentido de indicar que la pensión restringida de jubilación, reconocida al causante y sustituida a la señora **MARÍA DOLORES GÓMEZ CÁRDENAS**, a partir del 11 de mayo de 1998, deberá ser en cuantía de **\$321.184**.

²²Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

“De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello”

Se establece que el retroactivo pensional causado entre el 10 de mayo del 2016 al 30 de septiembre del 2022 asciende a la suma de **\$128.633.421**, el cual se continuará causando, con los respectivos reajustes legales y deberá ser pagado de manera indexada.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado de jurisdicción.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MAGDALENA DEL PILAR OSPINA MESA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2019 00565 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de junio de 2022 (Exp. Digital: «12.AUDIENCIA ART. 80 CPLSS PROCESOS RADS. 2020-049, 2019-096 y 2019-565-20220623_102643-Grabación de la reunión.mp4», récord 44:19), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes señoras Solange Núñez Quintero proceso 96 de 2019 *Magdalena del Pilar Ospina Meza proceso 565 de 2019* y Ana Fiorella García Ortiz proceso 49 2020 del régimen de prima media de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, señalando como consecuencia que ningún efecto jurídico surgió tal acto y por tanto siempre estuvieron afiliadas al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A donde se encuentran vinculadas actualmente las accionantes a trasladar a la administradora de pensiones, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, el saldo total de las cuentas individuales de ahorro incluido los rendimientos financieros sin descontar suman alguna por concepto de gastos de administración y comisiones.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones registrar en la historia laboral de cada una de las demandantes los aportes que realizaron en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: CONDENAR en costas de la acción a las demandadas. Oportunamente se tasarán».

Inconformes con la decisión los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la apelaron.

En primer lugar, PORVENIR, interpuso recurso de apelación señalando que si bien es cierta la existencia de un precedente jurisprudencial en materia de deber de información, la misma Sala de Casación ha señalado que se deben estudiar esas particularidades concretas que rodearon el traslado al régimen pensional que se reputa ineficaz. En ese sentido, cuestionó, no se haya dado valor probatorio a las manifestaciones recaudadas en el interrogatorio de parte, así como el formulario de vinculación, que pese ser una forma pre impresa, estaba autorizada por la Superintendencia Bancaria de ese entonces y, en consecuencia, surtía efectos jurídicos al suscribirse por la actora. Anotó, la parte actora tuvo la oportunidad en su debido momento de recibir una asesoría verbal por parte de los funcionarios comerciales de la AFP PORVENIR, donde se le expusieron las características esenciales del RAIS, tal como lo pudo evidenciar en lo manifestado en el interrogatorio de parte.

Agregó, no sería aplicable o atribuible a la AFP unas cargas o un nivel de información no vigente como deber de un buen Consejo, una doble asesoría, incluso para haber desincentivar la afiliación de la demandante, pues ello ocurrió sin dejarse constancia de esas ilustraciones como quiera que documentalmente sólo era exigible ese formulario de vinculación que se allegó al plenario.

Como otro punto de apelación, señaló, no estar de acuerdo con la condena a devolver rendimientos financieros, junto con gastos de administración y comisiones, teniendo en cuenta que estos rubros están contenidos en la misma Ley 100 de 1993 en su artículo 20 y Porvenir los descontó en virtud de este contrato de aseguramiento, adquiriendo una serie de seguros previsionales, sumas que fueron canceladas de manera oportuna durante el tiempo en que la parte actora estuvo afiliada a esta administradora, por lo cual, pues se está desconociendo esa profesional gestión que realizó con la administración de recursos en pensión.

Aunado a lo anterior, esgrimió, se están desbordando los efectos jurídicos de la figura de la ineficacia, como quiera que la misma contempla que el negocio jurídico no se realizó, es decir, que las cosas se retrotraigan a su estado inicial. Precizando, el traslado de unos rendimientos financieros pondría en una condición distinta a la demandante de haber permanecido a lo largo de su vida en el Régimen de Prima Media y al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia

SC3201 de 2018, advirtió que este tipo de traslados también iría en contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Finalmente, indicó, respecto de los gastos de administración y seguros previsionales, la Superintendencia Financiera ha señalado que este tipo de traslados al tenor de lo establecido en el artículo 7° del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que ha contemplado esas restituciones mutuas que se van a realizar cuando se ordene una ineficacia, una nulidad del traslado de régimen pensional¹ (récord 47:51, ibidem).

A su turno, COLPENSIONES consideró, que la a quo al momento de la sentencia, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con las mismas, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora. Por tanto, no se le debe condenar a recibir a la demandante como afiliada de nuevo al RPM, pues con ello se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, debiéndose tenerse en cuenta el impacto al PIB y en la reserva pensional que se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

¹ «Honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá en su especialidad laboral si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia de deber de información, la misma corte ha señalado que se deben estudiar esas particularidades concretas que rodearon el traslado al régimen pensional que se reputa ineficaz. Para estos ambos procesos, pues resulta pertinente señalar que no se dio el valor probatorio a esas manifestaciones recaudadas en los interrogatorios de parte surtidos a instancias de esta defensa. De igual manera, pues el formulario de vinculación si bien es una forma pre impresa la misma estaba autorizada por la Superintendencia Bancaria de ese entonces y en consecuencia, pues surtirá todos los efectos jurídicos que le comportan al suscribirlo en ese entendido, pues la señora demandante, las señoras demandantes, tuvieron la oportunidad en su debido momento de recibir una asesoría verbal por parte de los funcionarios comerciales de la AFP Porvenir en la cual pues se expuso esas características esenciales del Régimen de Ahorro Individual, situación que se pudo evidenciar en lo manifestado en ambos interrogatorios de parte, debe decirse que no podría atribuírsele a mi representada capacitar de manera especialísima los posibles o potenciales afiliados como quiera que el sistema general de Seguridad Social inversiones, pues es altamente complejo que incluso para los profesionales del derecho, implica una especialización en Seguridad Social en pensiones, por lo cual, pues se pone de presente de características esenciales de este régimen pensional, situación pues que las señoras demandantes tuvieron conocimiento en el momento en que suscriben este, estos formularios de vinculación. De igual manera, pues no sería aplicable o atribuible a mi representada unas cargas o un nivel de información no vigente como leer de un buen Consejo, una doble asesoría, incluso para haber desincentivado la afiliación de las señoras demandantes, por lo cual, pues se le puso de presente esas características a través de sus funcionarios comerciales de la AFP Porvenir, sin que, pues se dejará constancia de esas ilustraciones como quiera que documentalmente únicamente era exigible ese formulario de vinculación que se allegó al plenario.

Como otro punto de mi apelación, nos apartamos respetuosamente de la condena a devolver conjuntamente rendimientos financieros, junto con gastos de administración y comisiones, teniendo en cuenta que estos rubros están contenidos en la misma Ley 100 de 1993 en su artículo 20 y Porvenir descontó estos dineros en virtud de este contrato de aseguramiento y por lo cual adquirió una serie de seguros previsionales, sumas que fueron canceladas de manera oportuna durante el tiempo en que las señoras demandantes estuvieron afiliadas a esta administradora, por lo cual, pues se está desconociendo esa profesional gestión que realizó mi representada con la administración de recursos en pensión de las señoras demandantes.

Por otro lado, pues está desbordando también los efectos jurídicos de la figura de la ineficacia, como quiera que la misma contempla que el negocio jurídico no se realizó, es decir, que las cosas sean retrotraer a su estado inicial. Es claro que el traslado de unos rendimientos financieros pondría en una condición distinta a las demandantes de haber permanecido a lo largo de su vida en el Régimen de Prima Media y al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC3201 del año 2018, advirtió que este tipo de traslados también iría en contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Como el último punto, respecto de los gastos de administración hizo más por seguros previsionales, la Superintendencia Financiera pues advirtió que también se debe realizar este tipo de traslados o tipo de condenas al tenor de lo establecido en el artículo séptimo del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que ha contemplado esas restituciones mutuas que se van a realizar cuando se ordene una ineficacia, una nulidad del traslado de régimen pensional.

Bajo estos argumentos y reservándome pues el derecho de ampliar los mismos en la oportunidad procesal correspondiente presenté mis recursos de apelación. Muchas gracias».

Reiteró, Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico y con el regreso al régimen del RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Señaló, conforme a lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 del 2013, que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 del 93, se señala que después de un año a la vigencia de la presente ley el afiliado pues no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que según lo anterior, pues la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Agregó, cuando se declara nulidad o ineficacia del traslado según se advierte en las línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas de Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, de modo que si se confirma la decisión, debe ordenarse el retorno de estos conceptos por parte de la AFP, así como los perjuicios económicos generados a Colpensiones, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo a un tercero del acto jurídico, como lo es Colpensiones² (Récord: 56:23, ibidem).

² «Gracias su señoría. Estando dentro del término legal, me permito presentar recurso de apelación para el ante honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado 14 Laboral de Circuito de Bogotá. los procesos 2019 096 y 2019 565, recursos que sustentó en los siguientes términos:

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 el a quo al momento de dar sentencia, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones, pues es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre las actoras y Porvenir y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, pues 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 se solicita a la honorable Sala Laboral, que no se condene a mi representada a recibir a las actoras como afiliadas de nuevo al RPM, pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de 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 y adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 del 2005, pues en caso de esta condena, pues debe tenerse en cuenta el impacto al PIB y en la reserva pensional que día tras día, se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario, en el cual, pues la AFP que faltó a su deber de información, pues no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria inexistencia, pero Colpensiones mi representada, que como ya se dijo, es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, sí las acarrea, pues con el regreso de las actoras al régimen del RPM pues, existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, como ya se dijo, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Ahora bien pues conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la ley 797 del 2013, pues modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 del 93, se señala que después de un año a la vigencia de la presente ley el afiliado pues no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que según lo anterior, pues las demandantes ya se encontraban inmersas en la prohibición para trasladarse de régimen pensional, que por otro lado, pues cuando se declara nulidad o ineficacia del traslado según se advierte en las sentencias CSJ SL del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, CSJ SL 17595 del 2017, CSJ SL 4989 2018 y CSJ SL 1421 del 2019 radicado 56174 pues hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas de Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, y en ultimas, pues si se determina que no hay otra posibilidad de ordenar el retorno de las demandantes al RPM, solicito al tribunal, condene a la AFP que incurrió en su nivel de información a las afiliadas para mi representada, por los perjuicios económicos que ello genera para mi representada y lo anterior en atención en que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, pues quien causa el daño es quien debe repararlo a un tercero del acto jurídico, como lo es Colpensiones.

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: «01ExpedienteDigital.pdf», páginas 40 y 41), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 41 a 44, ibidem), aspirando principalmente se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS efectuado con la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se le condene, a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados al RAIS y a esta última a aceptarlos y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 03 de marzo de 1992; lo ultra y extra petita, más costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A., a quien condenó a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración ni comisiones. Finalmente, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la actora y actualizar su historia laboral con las cotizaciones que efectuó en el RAIS. Condenó en costas a las demandadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado.**

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 2002³.

De esta manera dejó sustentado los recursos presentados, reiterando al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, que revoque los fallos proferidos por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar., absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en los escritos introductores».

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue

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 05 de febrero de 1963 (Página 6, ibidem), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de mayo de 2019 (Páginas 35 y 36, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a 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 105.71 semanas cotizadas al sistema (Página 74, «02CdFolio98.pdf»), 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 parte 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 **06 de mayo de 1996 con fecha de efectividad 01 de julio de 1996** (páginas 67 y 75, ibidem), 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 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.

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”.

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 tunc⁴, 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,

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

de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma

el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de

asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del

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.

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».

(...)

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que al momento del traslado en una charla grupal se le indicó que el ISS se iba a acabar, que era más beneficiosos trasladarse al fondo privado, que si se querían pensionar debía trasladarse, que la mesada iba a ser superior al mismo y que podía pensionarse de forma anticipada, razón por la cual accedió a firmar el formulario de afiliación. Asimismo, señaló que, si bien con posterioridad efectuó aportes voluntarios, lo fue, porque le indicaron que obtendría beneficios tributarios en la declaración de renta, pero fue clara en indicar que no recuerda que aparte de los beneficios, le hayan explicado algo más.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las

⁶ Audiencia virtual realizada el 23 de junio de 2022.

implicaciones de su traslado, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 67, *ibid.*), 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 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, 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, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 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 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 PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (05 de mayo de 1996, efectivo el 01 de julio de 1996) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR, 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, 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal primero del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y las comisiones, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, 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 utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una 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**».*

Precisando a la recurrente PORVENIR, 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

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

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 (...).»*

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, incluso, 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 CSJ 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).*

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.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene ahondar, 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.

Sobre este aspecto, 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 interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 22, *«J14LCB 2019-565 MAGDALENA DEL PILAR OSPINA MESA.pdf»*), 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 CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

⁹ Se 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 15 de septiembre de 2021 (Págs. 132-133 *«01ExpedienteDigital.pdf»*).

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

Agotada la competencia de la Sala, 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 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 **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima 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 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 MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO LUCY GUEVARA ALDANA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 11 2019 00601
01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 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 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de abril de 2022 (*Audio archivo 5, récord: 1:00:26*), en la que se resolvió:

« PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la ciudadana LUCY GUEVARA ALDANA a la AFP DAVIVIR posteriormente ING hoy PROTECCIÓN, suscrita en el año 1997 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, asimismo, respecto de la celebrada en el año 2002 ante HORIZONTE hoy PORVENIR.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la ciudadana LUCY GUEVARA ALDANA nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, sociedad con la cual la promotora mantiene la vigente afiliación, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la señora GUEVARA

ALDANA tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales como intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración de conformidad con la parte motiva del expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de la ciudadana LUCY GUEVARA ALDANA con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probado los hechos sustento de las excepciones formuladas por la parte pasiva de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR y PROTECCION S.A, únicamente liquídense por Secretaría incluidas en ella la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), valor en que se estima las agencias en derecho y de conformidad con el precedente normativo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia en favor de COLPENSIONES en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los fundamentos normativos de orden procesal expuesto en la parte motiva de esta sentencia.».

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

Así, en primer lugar, PORVENIR expresa no hay posibilidad de declarar la ineficacia del traslado con sustento en una falta de información, máxime cuando la demandante lo que está argumentando es el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, pese a que manifestó haberse vinculado de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual y en igual sentido mantenerse en el mismo de manera continua.

Señala el deber de información al que estaba obligado Protección para el año del traslado de la demandante era el artículo 97 del decreto 663 de 1993 y conforme a éste se brindaba una información de características verbales en las que únicamente se acompañaba de carácter documental el formulario de afiliación y el respectivo reglamento del fondo privado donde se podía observar las modalidades de pensión que tenía la demandante en el régimen de ahorro individual., por lo que no es de recibo el pronunciamiento respecto a la falta en el deber de información por no haberse acreditado con prueba documental reiterando no estaba en la obligación de dar documento distinto a los anteriormente mencionados.

En relación con la devolución de los gastos de administración o de sumas adicionales distintas a cotizaciones y rendimientos señala estos no le pertenecen a la demandantes en ninguno de los dos regímenes y tampoco están llamados a financiar la prestación o la pensión de vejez, además expresa la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 manifestó de manera clara y sin lugar a duda que cuando se ha dado la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deben retornar son las cotizaciones y los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte a los gastos de administración o sumas de dinero distintas a los anteriormente mencionados, por lo que debe entenderse entonces que devolverse estos dineros con destino hacia Colpensiones genera un enriquecimiento sin causa a favor de esta codemandada y no hay una norma tampoco ni legal ni constitucional que disponga tal devolución de esos gastos de administración.

Finalmente solicita declarar la prescripción respecto de los gastos de administración o de sumas de dinero adicionales a rendimientos y cotizaciones, por cuanto estos no están llamados a financiar la prestación de vejez. (*Audio archivo 5, récord: 1:02:53¹*)

¹ Muchísimas gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia por no encontrarse de acuerdo este apoderado con la decisión tomada por el juzgador de instancia, en la medida que no hay posibilidad de declarar la ineficacia del traslado con sustento en una falta de información, máxime cuando la demandante lo que está argumentando es que hace sus pretensiones de ineficacia con vistas al no cumplimiento de una mera expectativa pensional y esto no está contemplado en el artículo 271 de la ley 100 del 93 que es la que nos manifiesta que se deberá declarar la ineficacia del traslado al régimen pensional por la vulneración al derecho a la libre elección de régimen pensional, cosa que no ocurre en el presente caso, toda vez que la demandante manifestó haberse vinculado de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual y en igual sentido mantenerse en el mismo de manera continua.

Es importante señalar en este caso señores magistrados, que el deber de información al que estaba obligado a mi representada y Protección para el año del traslado de la demandante era el artículo 97 del decreto 663 de 1993 y conforme a éste se brindaba una información de características verbales en las que únicamente se acompañaba de carácter documental el formulario de afiliación y el respectivo reglamento del fondo privado donde se podía observar las modalidades de pensión que tenía la demandante en el régimen de ahorro individual, conforme a ellos se observa su señoría que para el año 2002 mi representada cumplió a cabalidad con todas las normativas vigentes en cuanto al deber de información y le brindó en estricto sentido una información a la demandante para que ella se vinculará al régimen de ahorro individual y prueba de ello es el formulario de afiliación su señoría, aunque es conocido por este apoderado el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia respecto al formulario de afiliación, es importante tener en cuenta que mi representada primero no conocía este formulario de afiliación para la época del traslado de la demandante y además se apegó al establecido en el artículo, en el artículo no, sino en la Circular 19 de la Superintendencia Financiera de Colombia del año de 1998 en la cual se nos decía a los fondos privados que se entendía no solamente materializado sino también válido el traslado del régimen pensional con la sola suscripción del formulario de afiliación y válidamente emitido el consentimiento para dicho traslado en igual sentido con la sola suscripción del formulario de afiliación, por lo que no es de recibo de este apoderado el pronunciamiento respecto a la falta en el deber de información por no haberse acreditado de prueba documental el cumplimiento del deber de información pues mi representada no estaba en la obligación de dar documento distinto a los anteriormente mencionados y es importante señalar en este punto señores magistrados que la Ley 1748 del 2014 que entra en vigencia el 26 de diciembre dicha nulidad, es la que entra ya a obligar a las AFP a entregar documentos distintos al formulario del reglamento en el momento de realizarse la asesoría a los demandantes para el

COLPENSIONES en su impugnación manifiesta la demandante para la fecha en que presento su reclamación administrativa o la solicitud de la de nulidad o ineficacia dentro del traslado efectuado en Protección, esto es el 26 de abril del año 2019, ya contaba con 57 años de edad es decir que se encontraba dentro de la prohibición legal para retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por otro lado indica, dentro de todo el expediente no se evidenció la nulidad o que se haya incurrido en algún vicio del consentimiento como es el error, fuerza y dolo, conforme lo estipula el artículo 1508 del Código Civil, indicando se debe tener en cuenta que para la fecha en que se suscribió el traslado del régimen por la demandante, esto es, en abril de 1997, para esa época no se exigía nada más allá o diferente que era la suscripción del formulario de afiliación, por lo que exigir ahora cargas adicionales a los fondos privados y también en consecuencia a Colpensiones, constituyen en una situación de carácter imposible.

Expresa con la declaratoria de ineficacia se afecta gravemente la sostenibilidad financiera, y el principio de Seguridad Social de los demás afiliados, pues se entiende o se evidencia que estos o que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema.

traslado del régimen pensional, sin embargo, pues esto es una obligación que surge ya con muchísimos años de posterioridad al traslado de la demandante en el régimen de ahorro individual.

Por otro lado, no es de residuos señores magistrados la devolución de los gastos de administración o de sumas adicionales distintas a cotizaciones y rendimientos, teniendo en cuenta que estos no le pertenecen a los demandantes en ninguno de los dos regímenes y tampoco están llamados a financiar la prestación o la pensión de vejez, debe tenerse en cuenta que lo que concierne a los gastos de administración señores magistrados también en el régimen de prima media se destinó un 3% de la cotización a financiar estos gastos de administración, la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, además la superintendencia financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020 manifestó de manera clara y sin lugar a duda que cuando se ha dado la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deben retornar son las cotizaciones y los rendimientos, no haciendo mención por ninguna parte señores magistrados a los gastos de administración o sumas de dinero distintas a los anteriormente mencionados, por lo que debe entenderse entonces que devolverse estos dineros con destino hacia Colpensiones, se va a generar un enriquecimiento sin causa a favor de esta codemandada y no hay una norma tampoco ni legal ni constitucional que disponga tal devolución de esos gastos de administración, pues por el contrario el artículo 113 literal b de la Ley 100 del 93 nos ha dicho que se deberá devolver las cotizaciones y los rendimientos no haciendo mención por ningún ninguna parte a gastos adicionales a dineros adicionales.

Y finalmente señores magistrados ya para finalizar con este recurso, solicitarle de manera muy respetuosa se sirvan declarar la prescripción respecto de los gastos de administración o de sumas de dinero adicionales a rendimientos y cotizaciones, por cuanto ya se dejó dicho estos no están llamados a financiar la prestación de vejez y por ende no puede predicarse su carácter de imprescriptibilidad, consecuencia por la cual éstos deben ser declarados prescritos en su totalidad, muchísimas gracias señores magistrados se da del caso solicitarles de manera muy respetuosa se sirvan revocar esta sentencia y en su lugar absolver a mí representada, muchas gracias.

Solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia previa la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual por la demandante de la cuenta de ahorro individual por el fondo de pensiones, como son las cotizaciones, los rendimientos financieros, los bonos pensionales, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima y los gastos de administración, y todos los demás emolumentos a los que hubiese lugar los cuales se deberán retornar a Colpensiones debidamente indexados por el periodo en que permaneció la demandante afiliada a los dos fondos de pensiones, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto el fondo de pensiones reintegre los recursos, igualmente señala se debe confirmar la NO condena en costas. (Audio archivo 5, récord: 1:08:45²)

² Su señoría muchas gracias a continuación me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia dictada por su honorable despacho, con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque la decisión tomada en primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en la sentencia.

Como fundamentos jurídicos pues esta parte se aparta de la tesis en su totalidad, la tesis expuesta por su despacho, si bien manifestó que es en cumplimiento de un precedente jurisprudencial, mi representada sigue sustentando que no desconoce el precedente jurisprudencial por los motivos ya expuestos en los alegatos de conclusión, sin embargo, más allá de que no desconoce el precedente jurisprudencial, también acata la normatividad vigente, es decir la ley sustancial y que para el caso en concreto tenemos que la demandante para la fecha en que presento su reclamación administrativa o la solicitud de la de nulidad o ineffectividad dentro del traslado efectuado en Protección, esto es el 26 de abril del año 2019, ya contaba con 57 años de edad es decir que se encontraba dentro de la prohibición legal para retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Ahora bien o por otro lado si se tratara de nulidad o de que se haya presentado algún vicio del consentimiento del traslado efectuado o suscrito en abril del año 1997 con Protección, pues se tiene que dentro de todo el expediente no se evidenció que se o que nos encontráramos dentro de una nulidad o que se haya incurrido en algún vicio del consentimiento como es el error, fuerza y dolo, conforme lo estipula el artículo 1508 del Código Civil, no obstante si de esta nulidad se tratará pues la demandante tampoco lo alegó dentro del término establecido por la norma jurídica, esto es que tenía cuatro años para hacerlo, es decir que podía haberlo pedido antes de abril del año 2001 lo cual también brilla por su ausencia dentro del transcurso del proceso.

Por otro lado y retornando con el no desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de mi representada, pues se debe tener en cuenta que para la fecha en que se suscribió el traslado del régimen por la demandante, esto es en abril de 1997, para esta época no se exigía nada más allá o diferente que era la suscripción del formulario de afiliación, no se imponía la carga a los fondos de brindar información pues amplia como si se exigió hoy día con la doble asesoría, por lo tanto exigir ahora cargas adicionales a los fondos privados y también en consecuencia a Colpensiones, pues ya se constituyen en una situación de carácter imposible y estas sentencias quebrantan la seguridad jurídica, pues es evidente un choque de trenes constantemente.

Finalmente honorables magistrados, se debe tener en cuenta como ya se ha manifestado que la declaratoria de ineffectividad afecta gravemente la sostenibilidad financiera, afecta al principio de Seguridad Social de los demás afiliados, pues se entiende o se evidencia que estos o que nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, por lo expuesto solicitó los honorables magistrados de la Sala Laboral que revoque la decisión tomada por el juzgado de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada, no obstante lo anterior como petición subsidiaria solicitó al honorable Tribunal en caso de no acogerse a los argumentos expuestos anteriormente y en consecuencia se confirme la sentencia de primera instancia, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia previa la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual por el demandante de la cuenta de ahorro individual de la demandante por el fondo de pensiones, como son las cotizaciones, los rendimientos financieros, los bonos pensionales, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima y los gastos de administración, y todos los demás emolumentos a los que hubiese lugar los cuales se deberán

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 (*Página 9, del archivo 1 del expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 7 a 9 ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado efectuado a PROTECCIÓN en abril de 1997, en consecuencia, se ordene a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES todas las sumas que tiene a su favor, con sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, condenas *ultra y extra petita*, costas, gastos, expensas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, en consecuencia, ordenó a PORVENIR como actual fondo donde se encuentra afiliada la actora, a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de valores que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la señora GUEVARA ALDANA tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales como intereses o rendimientos en los términos del artículo 1746 del Código Civil y gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.**

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

retornar a Colpensiones debidamente indexados por el periodo en que permaneció la demandante afiliado a los dos fondos de pensiones, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto el fondo de pensiones reintegre los recursos, los dos fondos reintegren los recursos y se actualice debidamente la base de datos o la historia laboral en los aplicativos de la entidad, en igual sentido solicitó a los honorables magistrados se confirme la no condena en costas a Colpensiones toda vez que pues es una entidad que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al cual se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre tres partes ajenas a Colpensiones, así dejó sustentado el recurso de apelación muchas gracias.

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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de agosto de 1961 (*Página 22 Archivo 1 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 26 de abril del 2019 y ante PROTECCIÓN el 31 de mayo del 2019 (*Páginas 27 a 38, ibidem*), 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 174.57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 3 años, 4 meses y 22 días (*Página 280 Historia Laboral válida para bono pensional, archivo 1 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 parte 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 abril de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de 1997** (*Páginas 219 y 382, ibidem*) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 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 tunc⁴, 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 CS SL-1948-2021 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

⁴ 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

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

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.

(...).

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 demandante (*Audiencia del 26 de abril del 2022, Record: 15:47*), 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 laboraba y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (*Página 382 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora – DAVIVIR hoy PROTECCIÓN - 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 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 perjudicarle
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 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (01 de abril de 1997 efectivo el 01 de junio de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 (*certificaciones páginas 25 y 237 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 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, la accionada PORVENIR y PROTECCIÓN, también deben devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶, 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 utilidades⁷, 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

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 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 del demandante.

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

En relación con los argumentos de apelación de la AFP PORVENIR frente a los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. 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 (...).».

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 PORVENIR (*Página 145 Archivo 1 expediente digital*) y COLPENSIONES⁸ (*Página 285 ibidem*), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

“...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***

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 21 de marzo de 2022, archivo 1 expediente digital, páginas 540 y 541.

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 último 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, 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las comisiones, 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 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 MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTÍN EMILIO GIL GIL CONTRA JIWIKA LTDA y como llamada en garantía la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA (RAD. 10 2019 00026 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 de los recursos de apelación interpuestos por la apoderada del demandante y el curador *ad litem* de la demandada JIWIKA LTDA., contra la sentencia proferida por la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de noviembre de 2021, en la que se resolvió (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 11 del expediente digital, récord 1:14:57*):

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre MARTÍN EMILIO GIL GIL y la demandada JIWIKA LTDA, que se desarrolló entre el 3 de septiembre del año 2015 y terminó el 15 de marzo del año 2018, por justa causa por parte del trabajador imputable al empleador, y que desempeñó en este contrato de trabajo el cargo de coordinador administrativo con una remuneración básica mensual de \$3.000.000, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE DECLARA PROBADA la excepción genérica denominada inexistencia de la obligación propuesta por el curador *ad litem* de JIWIKA LTDA, frente a la pretensión del saldo del salario de enero del año 2017, salario de junio del año 2017, prima de servicios, saldo de prima de servicios de junio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y, por ende, se absuelve de estas pretensiones a JIWIKA LTDA.

TERCERO: CONDENAR a JIWIKA LTDA, a pagar a favor del demandante MARTÍN EMILIO GIL GIL las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- Se le condena a pagar el saldo salario de noviembre de 2017 por \$300.000, saldo salario octubre de 2017 \$877.333
Indica el despacho va a hacer una corrección en lo que estaba indicando, se corrige.
- Se condena a pagar el saldo de salario de octubre de 2017 por \$877.333, saldo de salario noviembre del año 2017 en este caso lo determino el despacho en la suma de \$ 3.000.000, el saldo salario diciembre y prima de segundo semestre de 2017 en la suma de \$3.930.000, saldo de salario enero del año 2018 por la suma de \$2.898.136, saldo de salario febrero del año 2018 por la suma de \$2.741.667, y saldo salario de 15 días de marzo del año 2018 \$434.667, que deben ser pagados por la demandada al demandante.
- Ahora en relación a cesantías se condena al pago del periodo de 2015 a 2018: \$ 7.608.333,33,
- intereses a las cesantías causados por el periodo laborado entre 2015 a 2018 \$774.302,78,
- por concepto de vacaciones por periodo de 2015 a 2018: \$3.804.166,67,
- a pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa artículo 64 código sustantivo del trabajo, la suma de \$6.072.000,
- por concepto de indemnización del artículo 99 ley 50 de 1990, numeral 3 se condena a pagar la suma total de \$75.000.000,
- se condena a la demandada a pagar los aportes a pensión con destino a COLPENSIONES en las condiciones exigidas por dicha entidad de seguridad social por el periodo comprendido a febrero del año 2018 y del 1 al 15 de marzo del año 2018 sobre un ingreso base de liquidación de \$3.000.000, de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Debe indicar este despacho que en cuarto lugar también,

CUARTO: SE CONDENAR a la parte demandada JIWIKA LTDA a pagar a por concepto de prima de servicios del periodo comprendido de enero a febrero del año 2018, por la suma correspondiente a \$625.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

QUINTO: SE DECLARA PROBADA las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de solidaridad de la aseguradora solidaria frente a las pretensiones del demandante, propuestas por la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, y en consecuencia, **SE ABSUELVE** del llamamiento en garantía y de la solidaridad deprecada en la demanda en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEXTO: SE CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada JIWIKA LTDA a favor del demandante el señor MARTÍN EMILIO GIL GIL, debe ser tasada por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 4.000.000.

Así mismo, **SE CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante el señor MARTÍN EMILIO GIL GIL a favor de la llamada en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, deben ser tasadas por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma la suma de \$ 1.000.000.”

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante apeló la decisión de manera parcial respecto a la decisión tomada frente al llamamiento en garantía de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., aduciendo que es una

póliza que suscribió JIWIKA para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones para amparar así a los empleados de esa sociedad en este caso al demandante, considerando se debe condenar a la aseguradora de manera solidaria para que cancele los emolumentos que se le deben al actor (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 11 del expediente digital, récord 1:14:57¹*)

Por su parte el curador *ad litem* de JIWIKA LTDA. presenta su inconformidad en cuanto a que no se acreditan los extremos de la relación laboral y por ende no está de acuerdo con la modalidad del contrato declarada por la Juez de primer grado lo cual en su sentir incide en las operaciones matemáticas realizadas, insistiendo que nunca se probaron los extremos de la relación laboral. (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 11 del expediente digital, récord 1:14:57²*)

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 MARTIN EMILIO GIL GIL en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo No. 3 páginas 51 y 52), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (página 50 y 51 ibídem), encaminadas principalmente a que se condene a la demandada JIWIKA LTDA. a

¹ Si doctora, me manifiesto con respecto y parcialmente al fallo de la sentencia del día de hoy, interpongo el recurso de apelación en contra de la sentencia parcialmente con respecto al llamamiento en garantía, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, la cual, pues con respecto a la responsabilidad.

Si discúlpeme, le decía que interpongo el recurso de apelación parcialmente con respecto a la solidaridad y llamamiento en garantía perdón, en solidaridad a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA, puesto que es una póliza que estaba suscribió con JIWIKA para el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones para amparar así a los empleados de JIWIKA en este caso, para la persona que represento el señor GIL GIL, por esta razón interpongo el recurso de apelación de forma parcial.

El objetivo es que se condene a la ASEGURADORA SOLIDARIA, solidariamente para que pague los emolumentos que se le deben a mi demandante.

² Si su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación de la sentencia proferida por este despacho, teniendo en cuenta que efectivamente como usted misma lo manifiesta en su parte motiva, aduce de que existió un contrato de trabajo por labor y obra, allí como lo dice no se probaron los extremos de la relación laboral y por lo tanto, usted convierte ese contrato, en un contrato a término indefinido, razón por la cual las operación matemáticas que hace el despacho no son ajustadas a derecho, por esta razón su señoría, pues de forma parcial presento este recurso de apelación en cuanto tiene que ver a que nunca se probaron los extremos de la relación laboral. De esta manera su señoría dejo plasmado mi recurso de apelación ante el superior.

cancelar los sueldos correspondientes a los años 2017 y 2018 en suma de \$14.118.803, a la indemnización contemplada en la cláusula octava del contrato de trabajo, vacaciones del 2015 al 2018, cesantías e interés a las cesantías del 2015 al 2018, sanción por no consignación de las cesantías, los valores dejados de consignar al sistema de seguridad social de los meses de enero, febrero y marzo del 2018 y solicitó se llamara en garantía y solidaridad a la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 3 de septiembre del 2015 al 15 de marzo de 2018 entre el actor y JIWIK LTDA. y se condenó a esa sociedad a pagar a favor del demandante los salarios adeudados de octubre, noviembre y diciembre del 2017, prima de servicios del segundo semestre del 2017 y del 2018, salario de enero a marzo del 2018, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones del 2015 al 2018, indemnización por despido, indemnización por no consignación de cesantías y aportes a pensión de febrero y marzo del 2018.

Para arribar a tal conclusión consideró que no existió controversia alguna frente a la existencia del contrato de trabajo, no obstante, sobre su modalidad expresó que, aunque el contrato se tituló como de obra o labor, no se estableció la obra ni cual eran los proyectos a desarrollar por lo que al no existir el mismo lo declaró a término indefinido. Al no hallar prueba de los salarios reclamados y acreencias laborales pedidas en el libelo dispuso su pago a cargo del empleador, a excepción del salario del mes enero y junio de 2017 con su correspondiente prima de servicios, los cuales encontró cancelados de acuerdo con el desprendible de nómina que se aportó.

Con relación a la sanción por no consignación de cesantía, no encontró situación alguna que justificara la omisión de JIWIK LTDA. en el pago de las mismas, de la cual pudiera derivarse su buena fe, razón por la cual impuso su pago en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Frente a la indemnización por despido señaló que en efecto la renuncia del demandante se dio por los incumplimientos en el pago de las acreencias laborales por ende condeno a su pago y en cuanto al pago de aportes a pensión adujo que conforme a la historia laboral se encontraba en mora la cotización del mes de febrero y 15 días de marzo del 2018.

En lo que toca a la solidaridad, determinó que para no se daban los requisitos ni del artículo 34 ni del 36 del C.S.T. para declararla con la ASEGURADORA SOLIDARIA frente al contrato declarado con JIWIKA.

Respecto al llamamiento en garantía, concluyó que no se debía afectar la póliza que JIWIKA celebró con la ASEGURADORA SOLIDARIA pues la misma no amparó el contrato vigente al momento de la vinculación del demandante con JIWIKA LTDA, en tanto el beneficiario de esa póliza lo fue la ELETRIFICADORA DEL CARIBE, esto es, que la póliza no amparó a JIWIKA frente a sus trabajadores, por lo que concluyó no hay legitimación en la causa por activa para llamar en garantía a dicha aseguradora pues reiteró el único beneficiario de la póliza fue la Electrificadora del Caribe.

Establecido lo anterior, se abordará el estudio de los recursos interpuestos, en los puntos objeto de censura, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), 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, la inconformidad expuesta en la alzada por los recurrentes se concreta en establecer i) la modalidad contractual y por ende si ello afecta las operaciones aritméticas dispuestas en primer grado ii) Los extremos laborales y iii) Si la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, como llamada en garantía, debe pagar los salarios y prestaciones objeto de condena, previa afectación de las pólizas en las que ELECTRICARIBE es el asegurado.

Aclarado lo anterior, y en punto a la apelación de la parte demandada, se evidencia que las partes aquí en contienda (Demandante y Jiwika) celebraron un contrato individual de trabajo por la duración de la obra o labor contratada (*páginas 44 a 47 Archivo 3 expediente digital*), acuerdo sobre el cual la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones ha considerado:

SL 2176 del 2017:

El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.

Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.

Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización.

SL 4936 del 2021:

*Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que **no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida** (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018); es decir, en oposición a lo discutido por la censura, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente, como lo pretende hacer ver en la sustentación de los cargos, ni las funciones a desempeñar tienen la virtualidad de restarle validez al acuerdo; empero, claro está que, si el contrato se pactó por tiempo determinado, con un plazo o fecha de finalización cierta e incondicionada, mas no simplemente posible o probable, según lo dispuesto en la norma en cita, y en concordancia con lo establecido en el art. 46 ídem, será en verdad uno a término fijo.*

SL 1052 del 2022:

En efecto, de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo las partes están habilitadas para suscribir un contrato de trabajo por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada». De ahí que su duración queda sujeta a la consecución de un resultado determinado, «impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido» (CSJ SL2176-2017); sin embargo, en ningún caso, el término de este tipo de acuerdos puede depender llanamente de la voluntad o capricho del empleador, sino que deberá tenerse en cuenta la esencia misma del servicio prestado, porque de lo contrario, su finalización se tornaría sin justa causa.

Precisamente, esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 39050, reiterada en la CSJ SL3282-2019, resaltó lo siguiente:

Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas.

Lo anterior, constituye un claro límite a la libertad contractual de las partes, pues si bien estas gozan de la suficiente autonomía y libertad para acordar las condiciones y demás obligaciones que caracterizarán el contrato de trabajo, también existen límites porque los acuerdos no pueden desconocer derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, pues de hacerlo, serían ineficaces conforme lo previsto en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así, para resolver la apelación lo primero que debe traerse a colación es la cláusula primera que contiene el objeto del convenio titulado “CONTRATO

INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LABOR U OBRA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE NORMALIZACIÓN DE REDES ELECTRICAS PRONE EN LA COSTA ATLANTICA COLOMBIANA” así (página 44 Archivo 3 expediente digital):

PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR, en el cargo de **COORDINADOR ADMINISTRATIVO** para la **EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS DE NORMALIZACIÓN ELÉCTRICA EN LA COSTA ATLÁNTICA COLOMBIANA**; estos trabajos se prestarán de manera exclusiva, directamente por el trabajador, de acuerdo con las obligaciones contenidas en el texto del presente contrato. La prestación del servicio personal de **COORDINADOR ADMINISTRATIVO**, dejando presente que **EL CONTRATANTE** podrá efectuar ajustes o cambios en los requerimientos cuando la necesidad del servicio así lo requiera.

PARÁGRAFO: Las partes declaran que en el presente contrato se entienden incorporadas, en lo pertinente, las disposiciones legales que regulan las relaciones entre la empresa y sus trabajadores, en especial, las del contrato de trabajo para el oficio que se suscribe, fuera de las obligaciones consignadas en la legislación laboral Vigente, el Reglamento Interno de Trabajo, Higiene y Seguridad Industrial y el plan de calidad de la Empresa.

SEGUNDA. ALCANCE DEL CONTRATO: Dentro del Objeto Contractual se encuentran determinadas cada una de las Actividades propias del cargo referido, las que están contempladas en los términos de referencia consecuentes del **CONVENIO PRONE GGC-180-2013**, lo que integra el contrato suscrito entre **ELECTRICARIBE S.A. ESP Y JIWIKA LTDA**; así mismo se deja constancia que cada una de las actividades contenidas en el **MANUAL DE CARTAS DE IDENTIFICACIÓN OCUPACIONAL (CIOS)** que se anexa, constituyen integralmente la presente cláusula por ser funciones propias del **TRABAJADOR** y su incumplimiento faculta al empleador a hacer efectiva la terminación inmediata del contrato, teniendo en cuenta las aplicables.

De lo anterior, se infiere entonces si bien se pudo nominar bajo la modalidad contractual de la obra o labor, lo cierto es que en el presente caso asunto la obra para la cual fue contratado el demandante no se encuentra determinada, pues se desconoce cuáles eran proyectos que debía atender el actor en su calidad de **COORDINADOR ADMINISTRATIVO**, como tampoco cual era **CONVENIO PRONE GGC-180-2013** suscrito entre **ELECTRICARIBE S.A.** y **JIWIKA LTDA**. y las actividades a desarrollar por el actor en ese convenio, esto es, de dicha documental no puede esta Sala de decisión delimitar con claridad y especificidad la obra o labor para la cual fue contratado el promotor de la Litis.

Precisándose en este punto que cuando se utiliza esa forma de contratación, la voluntad de las partes se debe dirigir a la proyección de la actividad del trabajador ligada a una obra o labor; advirtiéndose que cuando la duración del contrato no es determinada en las cláusulas del convenio o éste no depende de la duración de la obra o labor determinada, se entiende que se ha contratado a término indefinido al tenor del numeral 1° del artículo 47 del C. S. del T., evento que en efecto como lo adujo la Juez de primera instancia fue lo que se configuró dentro de las

diligencias, al no establecerse con claridad la obra para la cual había sido contratado el accionante.

Aunado a lo anterior y si bien en la cláusula cuarta del citado contrato se estableció (*página 45 archivo 3 expediente digital*):

CUARTA. DURACIÓN: La duración del presente contrato será por tres meses, contados a partir del día tres (03) de Septiembre de dos mil quince (2015), teniendo en cuenta que en caso de requerirse de acuerdo a las necesidades de las obras, el presente podrá prorrogarse únicamente mediante documento escrito donde medie el consentimiento expreso de las partes. **PARÁGRAFO:** En todo caso, en el evento que el contrato principal celebrado entre **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y JIWIKA LTDA**, sea suspendido o terminado anticipadamente, el presente contrato correrá la misma suerte en uno u otro sentido, quedando plenamente establecida la naturaleza accesorio de este frente al contrato principal. **PARÁGRAFO SEGUNDO: PERIODO DE PRUEBA** La quinta parte del presente contrato se considera como periodo de prueba y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho periodo.

Lo que daría lugar en principio a establecer que la modalidad del vínculo lo sería a término fijo al pactarse una duración de tres meses, lo cierto es que de allí también se establece una condición para la terminación del contrato del actor, que obedece a la existencia de un contrato principal entre la ELECTRICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y JIWIKA LTDA que fue el que dio origen a la contratación del actor aquí discutida, y en esa medida para la Sala aun cuando se consignó un término de duración, lo cierto es que éste giraba en torno al contrato que la accionada celebró con ELECTRICARIBE, y por ende es claro que la duración del contrato del actor dependía de la “*ejecución del programa de normalización de redes eléctricas*”, pero como quiera que se pecó con la prueba que acreditara cuales eran las actividades específicas a desarrollar por el accionante en torno a ese convenio entre JIWIKA y ELECTRICARIBE ni la obra específica que debía desarrollar en dicho programa, se concluye que la contratación perduró en el tiempo hasta la data en que el actor presentó su renuncia, lo cual con mayor razón lo torna en uno de carácter indefinido y en esa medida se confirmará la decisión impartida por la Juez *a quo*, sin que haya lugar a la revisión de las operaciones matemáticas pues conforme a la alzada ello dependía de la modalidad del contrato que aquí se definiera y como quiera que no se modificó la decisión de primer grado, no hay lugar a efectuar tal estudio frente a las pretensiones de condena, las cuales por demás el apelante no indicó con precisión respecto de cuales presentaba inconformidad.

Ahora en relación con los extremos laborales, que echa de menos el curador *ad litem* baste con indicar la data en que inició el contrato laboral se encuentra establecida en el propio contrato de trabajo **-3 de septiembre del 2015-** (pág. 44 Archivo 3 expediente digital) y la fecha final del mismo corresponde al del día en que el accionante presentó su renuncia **-15 de marzo del 2018-** (pág. 40 Archivo 3 expediente digital), la cual fue recibida por JIWIKA LTDA el 16 de marzo de ese año.

Finalmente y en lo que toca al llamamiento en garantía parte la Sala por advertir que no le asiste razón a la parte actora, dado que como bien lo refirió la Juez de primer grado si bien el afianzado o tomador de la póliza No. 376-45-994000001745 fue JIWIKA LTDA. el asegurado o beneficiario lo fue la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP sociedad que no fue llamada dentro del presente juicio y tampoco se elevaron pretensiones en su contra, es decir, no tiene una relación jurídica o contractual con el actor que lo habilitara para pedir reparación o reembolso alguno de esta, pues la póliza sobre la que se fundó la petición del llamamiento es para los trabajadores que prestaron sus servicios en favor de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP situación que en autos ni tan siquiera se discutió.

Al punto, memórese, con el llamamiento en garantía, y según lo estatuido en el artículo 64 del C.G.P., se habilita al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, figura que a su vez posibilita que un demandado llame en garantía a otro demandado (demanda de coparte).

Sobre el tema el maestro DEVIS ECHANDÍA explicaba que

*“(…) con alguna frecuencia ocurre que una de las partes -demandante o demandada- **tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar como resultado, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía,** es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. En otras ocasiones, el derecho a citar al tercero proviene de una relación jurídica distinta, existente entre los dos, respecto a la cosa materia del litigio, como cuando el tenedor demandado en reivindicación denuncia al verdadero poseedor en cuyo nombre tiene el inmueble. Esa citación puede prevenir (sic) también de la pretensión excluyente de un tercero sobre la misma cosa”³).*

³ ” Devis Echandía, Hernando, nociones generales de derecho procesal civil, segunda edición, Temis, Bogotá 2009, página 519.

Además la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, advirtió que para que proceda el llamamiento en garantía se requiere que exista –la garantía-, es decir, que este último, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia"⁴. Sobre el particular ha sostenido esa Corporación:

"El llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal o contractual de garantía que lo obliga a indemnizarle al citante el "perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

La justificación procesal del llamamiento en garantía, previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil-hoy artículo 64 del C.G.P.-, no es otra que la de la economía, pues lo que se procura es hacer valer en un mismo proceso, las relaciones legales o contractuales que obligan al tercero a indemnizar, sin perjuicio, claro está, de las garantías fundamentales del proceso, que en manera alguna se ven conculcadas. Por tal razón, la Corte ha sostenido que "El texto mismo del precepto transcrito indica que el llamamiento en garantía requiere como elemento esencial que por razón de la ley o del contrato, el llamado deba correr con las contingencias de la sentencia, como consecuencia de la cual el demandado se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago" (Sent. de 11 de mayo de 1976).

(...)

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la "proposición anticipada de la pretensión de regreso"..., o el denominado "derecho de regresión" o "de reversión", como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, "a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que

⁴ "(...) como el vocablo mismo así lo indica, para que proceda el llamamiento en garantía requiérese que la halla; es decir, que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, según la definición que de garantía da la Real Academia Española. O, en otras palabras, que el llamado en garantía, por ley o por contrato, esté obligado a indemnizar al llamante por la condena al pago de los perjuicios que llegare a sufrir, o que esté obligado, en la misma forma, al "reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia", según los términos del artículo 57 del C. de P. Civil".

Agregó además que "el llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precísase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" Sentencia Sala de Casación Civil, CSJ. radicado 2393 del 14 oct. 1976, reiterada en sentencia SC1304 de 2018.

con ocasión de esa contingencia de la sentencia, “se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago”, como lo ha dicho la Corte.”(Negrilla y Subrayas de la Sala)

Sin embargo, tal relación sustancial no puede entrar a ser estudiada si no se formula la demanda (llamamiento en garantía) con el lleno de los requisitos que establece la ley (artículo 65 del C.G.P.), esto es, si no se aduce la existencia de la misma, pues esta es una discusión que se resuelve entre el llamado y el llamante solo cuando este último es vencido en juicio, luego de agotarse el debate jurídico y probatorio respectivo, con el respeto de la garantía al debido proceso que le asiste a ambas partes, entre ellas, el derecho de defensa y contradicción.

Atendiendo lo expuesto, aunque eventualmente exista una póliza otorgada por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA como se anunció, ésta es a favor de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP y no de los trabajadores de JIWIKA LTDA., en virtud de la cual pudiera trasladarse la carga de asumir el pago de la condena, y como quiera que el demandante no formuló pretensión alguna contra ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP, no puede entrar a verificarse dicho llamado en garantía, máxime cuando no fue alegado por quien en últimas es el que debe asumir el pago de las condenas impuestas, esto es JIWIKA LTDA.

Y en cuanto a la solidaridad, baste con señalar dicha figura jurídica se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34⁵, la cual *“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”*⁶.

⁵1. 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.

2. 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.

⁶ SL4322 de 2021.

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 afines⁷.

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 **“son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada”**⁸.

Conforme a lo anterior, tal figura no puede aplicarse en el presente asunto respecto de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, pues ni tan siquiera existió un contrato entre ésta y JIWIKA que diera lugar a entender que era la dueña de la obra contratada y mucho menos se acreditó que tal aseguradora era la beneficiaria de los servicios prestados por el accionante, no cumpliéndose así con los requisitos establecidos en el artículo 34 del C.S.T. para su declaratoria, como tampoco se dan los presupuestos para declarar otros tipos de responsabilidad solidaria contemplados en la ley laboral frente a dicha aseguradora.

De esta manera, en sentir de esta Corporación, en virtud de la referida póliza de seguros, la aseguradora por lo ya explicado no está obligada a cubrir ninguna de las condenas impuestas.

En este orden de ideas y agotada como se encuentra esta instancia frente a los puntos de apelación, conforme las conclusiones expuestas, se confirmará la sentencia de primer grado en su totalidad.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁷ Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

⁸ Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).’...” Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038

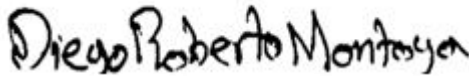
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

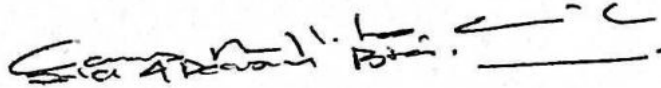
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ESTEFANÍA HERNÁNDEZ NARVAEZ CONTRA TERESA BEATRIZ EUGENIA GOMEZ DE HERNANDEZ (RAD. 09 2018 00673 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de enero de 2022 (Exp. Digital: «audio archivo B8 folio 70 Audiencia-2022-01-19 Grabación de la Reunión.mp4», récord: 14:32):

«PRIMERO: ABSOLVER a TERESA BEATRIZ EUGENIA GÓMEZ DE HERNÁNDEZ de todas las pretensiones incoadas en su contra por ESTEFANÍA HERNÁNDEZ NARVÁEZ, por lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas falta de fundamento de las declaraciones y condenas pretendidas, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido.

TERCERO: LAS COSTAS estarán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias a en derecho la suma de \$300.000, de conformidad con lo indicado en la parte motiva

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 Código procesal del trabajo y de la seguridad social».

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló, argumentando en punto a la subordinación, que en este caso el empleador le impartía las órdenes a la actora, en el sentido que ella tenía que llegar a su sitio de trabajo, tenía un horario y habían convenido como debía de prestar los servicios a las personas que la empleadora le fijo en un principio. En tales condiciones, estimó sí hubo la subordinación, suficiente para que se configurara el contrato de trabajo, además la demandante como empleada, ejercía las labores de auxiliar de enfermería, de acuerdo a su profesión, pero atendiendo todas las implicaciones que conlleva el trabajo que debía realizar en el apartamento donde cuidaba a las dos señoras que le asignó el empleador. En ese sentido, concluyó, se cumplieron los elementos necesarios para que se configurará el contrato de trabajo, como la remuneración, el horario y la subordinación¹ (récord: 15:31, ib.).

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 ESTEFANIA HERNÁNDEZ NARVAEZ, las pretensiones relacionadas en las páginas 2 y 3 del archivo «A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf», las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 y 2 ibidem, encaminadas a que se declare entre las partes existió un contrato verbal de trabajo que se extendió entre el 12 de mayo de 2014 y el 5 de mayo de 2018, que terminó por causa imputable al empleador; se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante las sumas correspondientes a licencia de maternidad, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y dotaciones correspondientes a toda la relación laboral; a pagar la indemnización por despido injusto, la indemnización

¹ “**Apoderado demandante (15:31):** Gracias doctora, frente a la decisión tomada por el despacho interpongo el recurso de apelación respecto a esta decisión, manifiesto brevemente que la subordinación, que es el punto el cual se trata para que se configure el contrato de trabajo, pues la subordinación, la entendemos como la actitud que tiene el empleado hacia las labores que le imparta el empleador, y en este caso el empleador le impartía las órdenes a la empleada, a la señora ESTEFANIA, en el sentido de que ella tenía que llegar a su sitio de trabajo, tenía un horario, y habían convenido como debía de prestar los servicios a las personas que la empleadora le fijo en un principio. Entonces, en estas condiciones yo creo que si hubo la subordinación, suficiente para que se configurara el contrato de trabajo, además la señora ESTEFANÍA como empleada pues ejercía las labores de auxiliar de enfermería de acuerdo a su profesión, pero atendiendo todas las implicaciones que conlleva la el trabajo que tenía que realizar dentro del hogar, o dentro del apartamento que estaba cuidando a las dos señoras que le asignó el empleador, en estas condiciones señora juez, yo consideró que si hay subordinación y que se cumplieron los elementos necesarios para figurar, para que se configurará el contrato de trabajo, como es una remuneración, como es un horario, y como es la subordinación.

Por lo anterior, brevemente señora juez le solicito que me conceda el recurso de apelación, respecto a la decisión tomada en este proceso. Le agradezco señora juez, muy amable gracias”.

moratoria, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que, conforme a los elementos de prueba aportados en principio operó la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, en criterio de la a quo, la existencia del contrato de trabajo se desvirtuó con la confesión que hizo la demandante en el interrogatorio de parte sobre las circunstancias de ejecución de la prestación del servicio, en concordancia lo dicho por la llamada juicio y los testimonios recaudados. Pues se indicó que la actora como auxiliar de enfermería debía encargarse del cuidado básico de la paciente, donde tenía la libertad, según su criterio profesional, de manejar autónomamente su trabajo, precisando que la actora gozó de autonomía técnica y autodeterminación, ya que de acuerdo con sus conocimientos profesionales establecía cuál era el cuidado que resultaba más conveniente para las pacientes y las actividades que se tornaban apropiadas para ello, sin ser materia de seguimiento o control por la encartada, ya que su intervención se limitó a acordar una jornada y a explicar en qué consistían las prescripciones médicas para suministro de los medicamentos, lo cual por sí solo, no implicaba subordinación.

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 ESTEFANÍA HERNÁNDEZ NARVAEZ y TERESA BEATRIZ EUGENIA GOMEZ DE HERENANDEZ, existió contrato de trabajo entre el 12 de mayo de 2014 y el 5 de mayo de 2018, advirtiéndose, la Juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

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 parcialmente al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios independientes en ejercicio del oficio de auxiliar de enfermería.

En esa medida, sea lo primero resaltar por parte de 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 entre otras muchas, la sentencia CSJ SL2879-2019 reiterada en la CSJ SL3847-2021, donde se reiteró la sentencia, CSJ, 24 abr. 2012, rad. 39600².

² «...De lo anterior se extrae que **probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.**

Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

En este caso el juez debe proceder al análisis probatorio teniendo en cuenta, como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, "...que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, **sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva**, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales...»

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor del extremo demandado por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda y la encontró acreditada la juzgadora de primer grado, sin que dicha conclusión hubiera sido objeto de censura por la parte demandada, pues lo acepta en la contestación de la demanda y, además, se corrobora con el contenido de la certificación expedida por la enjuiciada, que se aportó junto con el escrito de demanda y que obra en la página 03 del archivo «A1 folios 1-3 a 18 expediente digital.pdf», por lo que la promotora del juicio se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio de las probanzas recopiladas en autos en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Así, se tiene que al expediente se allegó como prueba documental copia de la referida certificación expedida por la demandada en los siguientes términos:

Bogotá, 2 de mayo de 2016

A QUIEN CORRESPONDA

Certifico que Estefania Hernandez identificada con cédula de ciudadanía 1023929663 de Bogotá, tiene un contrato de prestación de servicios conmigo desde el 1 de abril de 2014 hasta la fecha con una asignación de \$950.000 mensuales, ejerciendo funciones de auxiliar de enfermería.


Beatriz Eugenia Gómez
CC 41484824
Cel 3102503444

Igualmente, se aportó Constancia de no acuerdo No. 1472 expedida por la Inspección de Trabajo RCC3 de Bogotá (págs. 11 a 13, ib.), donde se evidencia la citación efectuada por la actora a la demandada en aras de lograr el pago de las acreencias laborales, donde la señora accionada señaló en su intervención:

JUSTIFICACIONES DE LA CITADA

Acto seguido se le concede el uso de la palabra al apoderado de confianza de la TERESA BEATRIZ EUGENIA GOMEZ DE HERNANDEZ quien manifiesta: "cuando la contraste a ella fue de común acuerdo y mi tía le pagaba el turno trabajado turno pagado de lunes a sábados, cuando le pregunte por la salud me informo mi mama me tiene afiliada, quede conforme y obrando de buena fe en el entendido que ella tenía su seguridad social solucionado que ella aceptaba así, ella manifiesta que ella me aviso del embarazo pero eso no es real, para mí el contrato era de prestación de servicio"

De igual modo, la accionada aportó con la contestación de la demanda el siguiente documento donde, en palabras de la contestación de la demanda se «relaciona la liquidación y pago de los turnos prestados por la demandante» (págs. 19 y 25, «A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf»), pero sólo del año 2014:

ESTEFANIA HERNANDEZ	
European Abril 29-30/Abril /2014/	
Tel 3719327 - 3656116	
Cel 310 3131510 Cumplicación Nov	
Abril 29 y 30/2014	\$ 60.000 = 17
MAYO 15/2014	\$ 390.000 =
MAYO 31/2014	\$ 420.000 =
JUNIO 14/2014	\$ 390.000 1 ^{ra} x Junio 7
JUNIO- 30/2014	\$ 390.000 = Ruffel
JULIO 15/2014	\$ 390.000 = Ruffel
JULIO 31/2014	\$ 420.000 = Ruffel
AGOSTO 15/2014	\$ 360.000 = No visto Agosto 7
AGOSTO 30/2014	\$ 390.000 = ESTEFANIA H.
SEPT 13/2014 hasta 15	\$ 390.000 =
SEPT 30/2014	\$ 450.000 =
OCT 15/2014	\$ 420.000 =
OCT 31/2014	\$ 480.000 (16 días)
NOV 15/2014	\$ 390.000 =
DIC-9/2014	\$ 360.000 =
DIC-31/2014	\$ 440.000 =
TOTAL 2014 \$ 6.140.000 =	

Aunado a lo anterior, se recaudó el interrogatorio de la demandada Teresa Beatriz Eugenia Hernández Narváez (archivo «B7 folio 69 Audiencia-2022-01-17-Grabación de la reunión.mp4», récord: 16:27), quien afirmó haber conocido a la demandante en abril de 2014 como auxiliar de enfermería en un hogar geriátrico, que la contactó porque su tía Ana Acevedo Blanco le pidió el favor para que la ayudara, confesando haber celebrado un contrato verbal, pero que lo pagado era con el fruto de la pensión de la señora Acevedo; mencionó que a la actora no se le pagaba salario, le pagaba el turno que realizaba; aunque indicó, no haberse fijado ningún horario de trabajo,

también precisó que la actora debía llegar en la mañana a atender a la señora Ana Acevedo, «a levantarla, bañarla, vestirla, estar pendiente de las cosas de ella, de los medicamentos, de la media mañana, de peinarla, bañarla, vestirla, sentarla, a darle la el almuerzo, el desayuno»; que luego de darle el almuerzo, la acostaba; que esas labores se ejercían de lunes a sábado desde las 8:00 am y hasta las 12:30 del día, jornada que se pactó de común acuerdo. Mencionó que la demandante no recibía órdenes, pues dados sus conocimientos de enfermería, sabía lo que debía hacer. Cuando la demandante no podía prestar sus servicios, no dejaba un reemplazo, la empleada de servicios generales atendía a la paciente. Dijo que su relación con la demandante consistía en indagar lo que le hacía falta a su tía para suministrarlo. Que en julio de 2017 falleció la señora Ana y después de esa fecha, continuó atendiendo a la madre de la demandada hasta mayo de 2018, luego, la demandante no volvió más, hubo algunas oportunidades en que la demandante no fue a prestar el servicio y entonces la demandada debía acudir a ayudar a la empleada del servicio en el cuidado de Anita. A minuto 44:09, la demandada señaló que alguna vez la demandante sí le pidió permiso. No recuerda haberle llamado la atención a Estefanía. Así mismo señaló que en el año 2014, a la demandante se le pagaba por turno la suma de \$30.000, en el 2016, esta suma aumentó a \$33.000 y cuando estuvo cuidando a su mamá, le pagó \$35.000.

A su turno, la señora demandante, Estefanía Hernández Narváez en el interrogatorio absuelto, relató ser auxiliar de enfermería, que fue contratada verbalmente por la hoy demandada para atender a la señora Ana Acevedo, a quien le administraba medicamentos, le tomaba la tensión y se encargaba del aseo de la paciente, que si bien para esas labores no recibía instrucciones de la accionada, ésta sí le indicaba la hora de llegada, así como los medicamentos que debía suministrarle a la señora Acevedo y que debía sacar a pasearla. Afirmó haberse pactado un contrato verbal con pagos quincenales, inicialmente, por cada turno la accionada le pagaba \$30.000, en el 2017 \$33.000 y en el 2018 \$35.000. Señaló haber atendido, a la señora Ana Acevedo hasta el 17 de julio de 2017, cuando falleció, luego atendió a la madre de la accionada, la señora Tulia, hasta el 4 de mayo de 2018 cuando fue incapacitada por situaciones de riesgo en su embarazo. Reiteró, desde el comienzo las partes pactaron un horario de trabajo de 8 a.m. a 1 p.m. de lunes a sábado y en algunas oportunidades la demandada la requirió para hacer turnos en la noche. Cuando tenía citas médicas le informaba a doña Beatriz

que no podía asistir, pero sabe que la paciente quedaba al cuidado de la señora de servicios generales del apartamento.

Como prueba testimonial se recibió el testimonio de la señora Ana Julia Narváez Rosero (récord: 1:26:17, ib.), madre de la demandante, quien dijo haber visto como dos veces a la demandada cuando acompañó a su hija a poner unos medicamentos, pero nunca más la vio, sin embargo, se enteró de los pormenores de la actividad de su hija por lo que ella le contaba.

El testigo Gerardo Amaya Rey (récord: 1:40:11, ib.), cuñado de la demandada, manifestó conocer a la demandante en mayo del año 2014, cuando empezó a ayudarles con los turnos de enfermera al cuidado de la señora Ana Acevedo Blanco, tía de la esposa del testigo. Relató, la demandante debía atender a la señora Ana, la aseaba, le daba el desayuno y el almuerzo que preparaba la empleada y suministrarle las medicinas. Explicó, que con la demandante se acordó el pago por turno trabajado y de acuerdo a lo solicitado por Estefanía se le pagaban sus honorarios quincenalmente, los días 15 y 30 «*porque no quería que se volviera plata de bolsillo*» y tal fin, se llevaba un control de los turnos que hacía y se multiplicaban por el valor de cada turno, circunstancia que le consta, porque en ocasiones fue él mismo quien le entregó el dinero a la demandante. Visitaba a la tía Ana de manera regular, entre dos y cuatro veces por semana, refirió la demandante vivía en el mismo edificio que su tía, pero en diferente apartamento, por ello la demandante era totalmente autónoma en el manejo de la paciente; dijo no constarle que la accionada le impartiera órdenes a la señora Estefanía; pero, cuando iba el médico y no estaba la señora Estefanía, era la accionada señora Teresa Beatriz quien le transmitía a ella las instrucciones del médico.

Frente a las actividades que realizaba la actora, refirió, que la demandante debía estar presente cuando Ana la señora Ana se levantaba y cuando almorzaba, luego se iba; sin embargo, si la demandante no había llegado, la atención se la brindaba la empleada de servicio, hasta que se hacía presente la demandante; menciono, que sí le constaba que nadie controlaba la hora de llegada y de salida de la actora, pero no, que alguna vez se le hubiera llamado la atención por la hora de llegada. Explicó, el dinero para el pago a la demandante provenía de la pensión de Ana Acevedo y cuando ésta falleció, la demandante dejó de prestar sus servicios; sin embargo, días después la familia tomó la decisión de volver a requerir sus servicios

para que atendiera a su suegra, la señora Tulia, para lo cual, la promotora del juicio desarrolló su actividad en forma similar. Aunado a ello, algunas veces la demandante llevaba a su suegra al apartamento 207 donde vivía la señora Aracely, su hermana. Refirió que no es cierto que la demandante tuviera que cuidar a la señora Aracely, pues para ello se había dispuesto a otra persona; cuando la demandante no podía cumplir con su actividad, lo comunicaba previamente, mas no debía pedir permiso.

Finalmente, Clara Inés Aulí de Gómez (récord: 2:19:49, ib.), cuñada de la demandada, conoció a la demandante como enfermera de la señora Ana Acevedo, una tía de su esposo a quien visitaba semanalmente. Que se imaginaba que a la actora la había contratado la señora Ana, quien era pensionada y de la pensión se pagaba a la enfermera, de ahí asumía que se pagaban sus cuidados; dijo que nunca vio a la señora Teresa Beatriz le diera órdenes a Estefanía, sabe que se le pagaba por turno prestado, no le consta que debiera pedir permiso para ausentarse. Que la actora llegaba a la hora que sabía que tenía que levantar a la *Anita* y se iba después del almuerzo. Luego de la muerte de la señora Ana Acevedo, la accionada le pidió a la actora que atendiera a la señora Tulia, suegra de la testigo; y al igual que con la señora Ana Acevedo, tampoco tenía una hora fija de llegada, pero que la bañaba, la vestía y le suministraba los remedios, pero que todo era un contrato por turnos, cuando ella pudiera ir, aunque le parecía que trabajaba medio día.

Analizados en su integridad los medios de prueba reseñados en precedencia, valoradas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del CPTSS), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, que contrario a lo analizado por la juez a quo, la parte demandada no logró desvanecer la presunción que cobijaba a la demandante, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades por parte de la demandante.

En efecto, de los medios de prueba recaudados, especialmente de lo expresado por la accionada Teresa Beatriz Eugenia Narváez, se puede extraer con claridad, que a pesar de referir insistentemente que no le pagaba salario a Estefanía Hernández, no le asignó un horario fijo de trabajo y no le daba órdenes, sí admitió que para el cuidado de su tía Ana Acevedo Blanco, la actora debía llegar de lunes sábado, en horas de la mañana para levantarla, asearla, darle el desayuno, suministrarle los

medicamentos y más tarde darle el almuerzo y acostarla; actividades que la demandante realizaba desde las 8:00 de la mañana hasta las 12:30 del día, según acuerdo entre las partes, labores que luego del fallecimiento de la señora Ana Acevedo, continuó prestándole a la progenitora de la demandada hasta el mes de mayo de 2018. Incluso en su relato manifestó que alguna vez la demandante si le pidió permiso para no asistir, previendo que el servicio lo prestara o repusiera otro día. Aunado a ello, se resaltó que la demandante era quien debía cumplir personalmente la labor encomendada, sin que pudiera autorizar a un tercero para que lo hiciera. Aspectos que lejos de desvirtuar la aludida presunción la confirman.

De igual modo, de los testigos Gerardo Amaya Rey y Clara Inés Auli de Gómez, cuñados de la demandada, se advierte, aunque negaron fehacientemente que la demandante hubiera recibido órdenes o cumpliera horario, sí fueron contestes en señalar que la hoy demandante debía llegar en la mañana a levantar a la señora Ana, asearla, proporcionarle desayuno y almuerzo, administrar las medicinas, actividades que se repetían de lunes a sábado y que luego del fallecimiento de Anita, continuó desarrollando al servicio de la señora Tulia, madre de la demandada; por lo que en criterio de esta Corporación, ninguno de ellos dan cuenta de la autonomía e independencia de la 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 compilados 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)³».

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 auxiliar de enfermería se realizaba en los aposentos particulares de la señora Ana Acevedo, conforme lo acordado con la señora demandada, con insumos proporcionados por la demandada (implementos de aseo, medicinas y alimentos), hubo continuidad en el desempeño de esa labor, de la cual era beneficiaria la tía de la 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 la actora y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo.

Ahora bien, se alega insistentemente que, por la profesión de la actora, auxiliar de enfermería, no era dable que las labores desempañadas pudieran ser prestadas bajo un contrato de trabajo o que no fuesen susceptibles de ser subordinadas, aspecto que admitió la juez a quo precisando que se trataba de una profesión liberal. Al respecto, ha señalado la Sala de Casación Laboral que la ejecución de labores propias de una profesión específica, no conlleva la convicción unívoca e irrefutable de existencia de un contrato civil (CSJ SL5006-2021), precisando, aunque esa experticia puede constituir la motivación para contratar, la subordinación laboral bien puede emerger en estos casos de *«las condiciones de su ejecución intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio (...) ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo»*, tal como se indicó en la citada sentencia CSJ SL1439-2021, reiterada en la CSJ SL3345-2021.

³ 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.

Así las cosas, retomando el hilo conductor inicialmente trazado resulta válido concluir, lejos de demostrarse que Estefanía Hernández Narváez fue totalmente autónoma en el desarrollo de su actividad profesional, los testigos dieron claridad frente a los términos y parámetros en que debía desarrollar sus funciones, como asistir de lunes a sábado, debía estar presente para la hora en que la paciente se levantara y quedarse hasta que la acostara a dormir la siesta, darle un paseo, lo que ocurría entre las 8 a.m. y las 12:30 del día, como lo confesó la demandada y lo corroboró la prueba testimonial; además, debía prestar los servicios en la residencia de la paciente, a quien atendía de forma exclusiva y los medicamentos, implementos de aseo y todo lo relativo al cuidado de aquella era suministrado por la demandada y, aunque la demandada y los testigos señalaron que la actora no recibió órdenes, lo cierto es que si estaba bajo la supervisión de la aquí demandada.

Con lo cual, la prestación del servicio en calidad de auxiliar de enfermería, estuvo lejos de ser esporádica, fue constante, no se realizó por cortos periodos de tiempo para realizar, verbigracia, determinado procedimiento u otra actividad puntual, sin el cumplimiento de una jornada laboral, que evidenciara la autonomía de la demandada y en consecuencia, la ausencia de subordinación, sino que fue permanente, aspectos que, dan lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de revocarse la sentencia de primer grado.

En ese orden, para dilucidar los extremos del vínculo de trabajo, se tiene que de acuerdo con lo extraído del aludido documento obrante a página 03 del archivo «A1 folios 1-3 a 18 expediente digital.pdf», expedido por la señora demandada y no controvertido en el proceso, las labores iniciaron el 01 de abril de 2014 y según lo confesado por la accionada a instancias de interrogatorio de parte, el contrato finalizó el 4 de mayo de 2018.

En cuanto al salario devengado, la demandada en su interrogatorio afirmó que en el año 2014, a la demandante se le pagaba por turno la suma de \$30.000, en el 2016, esta suma aumentó a \$33.000 y en el año 2018 le pagó \$35.000, aspecto frente al cual no obra ninguna prueba en contrario, por lo que conforme a la confesión efectuada, se tendrán en cuenta como salarios diarios para cada anualidad, incluso para el año 2014 se corrobora dicho salario con el documento obrante a página 19 del archivo «A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf», lo que se traduce en que para los años 2014 a 2015 el salario de la demandante fue de

\$900.000; para los años 2016 y 2017 fue de \$990.000,00 y para el 2018 fue de \$1.050.000.

En consecuencia, atendiendo todo el anterior análisis, revocará la decisión absolutoria impartida por la juez a quo y en su lugar se declarará que entre Estefanía Hernández Narváez y Teresa Beatriz Gómez de Hernández existió un contrato de trabajo a término indefinido que se extendió entre el 1° de abril de 2014 y el 4 de mayo de 2018, por virtud del cual, la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería y su asignación salarial para los años 2014 y 2015 fue de \$900.000; para 2016 y 2017 fue de \$990.000,00 y para 2018 fue de \$1.050.000,00. Así se decidirá.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a estudiar los anhelos económicos formulados por la accionante, correspondientes al pago de la licencia de maternidad, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, dotaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T., previo análisis de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la parte demandada (Pág. 23, «A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf»)⁴, verificándose en esta instancia que, habiéndose extendido el contrato de trabajo entre las partes hasta el 4 de mayo de 2018, la demanda fue sometida a reparto el 16 de julio de 2018 (Pág. 18, «A1 folios 1-3 a 18 expediente digital.pdf»), es decir, sin que se hubiera cumplido el plazo extintivo establecido en los artículos 488 C.S.T. y 151 C.P.T.S.S.

Así mismo se advierte, la demanda fue admitida mediante auto de 2 de abril de 2019, notificado a la parte demandante por anotación en estado del 3 de abril del mismo año (Pág. 6, «A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf») y la diligencia de notificación personal a la parte demandada se llevó a cabo el 22 de agosto de 2019 (pág. 14, ib.), es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 94 del Código General de Proceso, lo que conlleva a que con la presentación de la demanda en efecto se interrumpió la prescripción, de ahí que, se encuentren prescritos aquellos derechos exigibles con anterioridad al 16 de julio de 2015. Precisándose, que la citación y reclamo efectuado ante el Inspector de Trabajo, si bien tiene la virtualidad

⁴ Por auto del 24 de septiembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda (expediente digital, archivo A4 folio 20 al 45 expediente digital.pdf, página 27).

de interrumpir dicho fenómeno, en el caso de marras el documento aportado no contiene la fecha en que fue celebrada y por ello la Sala no lo tiene en cuenta.

En relación con la petición relativa a la licencia de maternidad, debe decirse que con la demanda no fue allegado el registro civil de nacimiento del hijo de la demandante; sin embargo, junto con la demanda se aportó la historia clínica de la actora, en la que consta que fue atendida en calidad de beneficiaria, además se constata su estado de embarazo, el nacimiento de su hija el 6 de mayo de 2018, así como la excusa médica por incapacidad y/o licencia de maternidad por 126 días desde el 06 de mayo de 2018 hasta el 09 de septiembre de 2018 (Pág. 4 y s.s., «A1 folios 1-3 a 18 expediente digital.pdf»), por lo que resulta procedente el reconocimiento de la licencia de maternidad reclamada.

En este orden de ideas, debe recordarse, el descanso remunerado en la época del parto, corresponde al previsto en el artículo 236 del C.S.T., modificado por la ley 1822 de 2017 (vigente para la data en que ocurrió el parto de la demandante), el cual preceptúa:

«1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia».

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que el salario de la demandante para el año 2018 ascendió a \$1'050.000, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que, a título de licencia de maternidad, le corresponde a la demandante la suma de \$4'410.000:

Salario base	\$1'050,000
Salario diario	\$35,000
Vr. Licencia (salario diario x No. días de licencia -126)	\$4'410,000

Respecto a las cesantías, sabido es, que son exigibles por parte del trabajador a la terminación del contrato, que en este caso ocurrió el 4 de mayo de 2018, en ese orden, efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que, por este concepto, la demandada le adeuda a la convocante, la suma de \$4'235.890:

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	CESANTIAS
2014	1 DE ABRIL	31 DE DICIEMBRE	270	\$900,000	\$72,000	\$729,000
2015	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$900,000	\$74,000	\$974,000
2016	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$990,000	\$77,700	\$1'067,700
2017	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$990,000	\$83,140	\$1'073,140
2018	1 DE ENERO	4 DE MAYO	124	\$1'050,000	\$88,211	\$392,050
TOTAL, CESANTÍAS						\$4'235.890

Entratándose de los intereses a las cesantías, estos prescriben de manera independiente para cada anualidad y su exigibilidad ocurre el 31 de enero del año siguiente a aquel en que se causa la cesantía, momento en que deben pagarse al trabajador directamente según lo previsto en la Ley 52 de 1975, por lo que, a partir de ese momento comienza a correr el término de tres años para reclamarlos, según las disposiciones antes mencionadas. Así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias con radicación 35640 del 21 de febrero de 2012 y 69303 del 5 de octubre de 2021 (SL4681). En tal medida, operó el fenómeno prescriptivo respecto de aquellos intereses causados al 31 de enero de 2015, por lo que corresponde a la demandada pagar por este concepto la suma de \$389.986:

AÑO	VR. CESANTIAS	FECHA DE EXIGIBILIDAD	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	INTERESES CESANTÍAS
2014	\$729,000	31/01/2015.	\$900,000	\$72,000	PRESCRITO
2015	\$974,000	31/01/2016	\$900,000	\$74,000	\$116.880
2016	\$1'067,700	31/01/2017	\$990,000	\$77,700	\$128,124
2017	\$1'073,140	31/01/2018	\$990,000	\$83,140	\$128,777
2018	\$392,050	04/05/2018	\$1'050,000	\$88,211	\$16,205
TOTAL					\$389,986

Respecto a las primas de servicios, estas se hacen exigibles al 01 de julio y 21 de diciembre de cada anualidad, de modo que prescribieron aquellas causadas en el año 2014 y junio de 2015. De este modo, efectuadas las operaciones correspondientes se tiene que por este concepto se le adeuda a la demandante la suma de \$3'019.890:

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS	SALARIO MENSUAL	AUXILIO DE TRANSPORTE	PRIMA 1ER SEMESTRE	PRIMA 2DO SEMESTRE
2014	1 DE ABRIL	31 DE DICIEMBRE	270	\$900,000	\$72,000	PRESCRITO	PRESCRITO
2015	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$900,000	\$74,000	PRESCRITO	\$487.000
2016	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$990,000	\$77,700	\$533,850	\$533,850
2017	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$990,000	\$83,140	\$536,570	\$536,570
2018	1 DE ENERO	4 DE MAYO	124	\$1'050,000	\$88,211	\$392,050	-----
TOTAL							\$3'019.890

Frente a la compensación de vacaciones en dinero, precisa la Sala, son exigibles un año después de que se causen, ya que el empleador tiene un año para concederlas, entonces es a partir de esa fecha en la que se corre el tiempo de la prescripción. Así lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL467-2019⁵. Por tal motivo, en el caso de marras no existen periodos afectados por este fenómeno extintivo, por lo que efectuadas las correspondientes operaciones matemáticas, tomando en cuenta el último salario devengado por la actora (\$1.050.000), conforme dispone el artículo 189 C.S.T., se tiene que por este concepto se le adeuda a la demandante la suma de \$2'149.583:

AÑO	DESDE	HASTA	DIAS LABORADOS	COMPENSACION EN DINERO
2014	1 DE ABRIL	31 DE DICIEMBRE	270	\$393,750
2015	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$525,000
2016	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$525,000
2017	1 DE ENERO	31 DE DICIEMBRE	360	\$525,000
2018	1 DE ENERO	4 DE MAYO	124	\$180,833
				\$2'149,583

En cuanto a la dotación (artículo 230 del C.S.T.), resulta que su reclamo no procede a la terminación del contrato de trabajo, sino durante su vigencia, siendo posible peticionar frente a este aspecto únicamente la indemnización por el daño causado ante el incumplimiento del empleador de sus obligaciones legales. Así lo ha adoctrinado la Alta Corporación (CSJ, Sentencia del 15 de abril de 1998. Rad. 10400⁶, CSJ SL4208-2017).

Según se ha citado, existe la posibilidad de indemnizar los perjuicios por la no entrega de las dotaciones una vez se establezca que estas efectivamente no fueron entregadas, como se colige en el presente caso; no obstante, como la accionante no solicitó perjuicios no dirigió su actividad probatoria a ese fin y, por consiguiente, la pretensión esta llamada a fracasar.

En cuanto a la **indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa**, 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

⁵ «Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigir las desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024».

⁶ «No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar...».

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 (CSJ SL592-2014). En tal sentido, baste con señalar que el contrato celebrado con TERESA BEATRIZ GOMEZ DE HERNÁNDEZ finalizó el 4 de mayo de 2018, sin que se hubiera acreditado por la parte demandante en el plenario el hecho del despido, lo que impide analizar las razones del mismo, en caso de haber ocurrido. Por ello, no se accederá a tal pretensión.

Ahora bien, 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, 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; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde 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 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, en el sub examine, la demandada no aludió a circunstancia alguna que explicara la omisión en el pago de las prestaciones causadas a favor de la demandante en vigencia de su contrato de trabajo, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, *contrario sensu*, insistentemente y

en aras de vulnerar los derechos laborales de la actora intentó solapar la verdadera vinculación laboral de la actora con la finalidad de birlar sus derechos sociales.

En esas circunstancias, habrá de condenarse a la convocada a juicio al pago de la indemnización moratoria, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T. se cancelará a razón de un día de salario por día de retardo a partir del día siguiente a la finalización del vínculo contractual acaecido el 4 de mayo de 2018 hasta por 24 meses teniendo en cuenta que el salario devengado resultó superior al mínimo legal en los términos del parágrafo 2 de la citada disposición (CSJ SL649-2018); a partir del mes 25 y hasta cuando el pago de las prestaciones debidas se verifique, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, lo que se traduce en una condena a la demandada por la suma de \$35.000,00 diarios entre el 5 de mayo de 2018 y el 4 de mayo de 2020, razón por la cual se condenará al pago de **\$25.200.000**, así:

$$\$1.050.000 / 30 = \$35.000 \times 720 \text{ días (24 meses)} = \$25.200.000$$

A partir del mes 25 -5 de mayo de 2020-, deberá cancelar la parte demandada a la señora ESTEFANÍA HERNÁNDEZ NARVÁEZ 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.

De esta 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 de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de la demandada.

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 y en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre **ESTEFANÍA**

HERNÁNDEZ NARVAEZ y TERESA BEATRIZ GÓMEZ DE HERNÁNDEZ, el cual se extendió desde el 1° de abril de 2014, hasta el 4 de mayo de 2018, según lo considerado precedentemente.

SEGUNDO: CONDENAR a la señora **TERESA BEATRIZ GÓMEZ DE HERNÁNDEZ** a pagar a la señora **ESTEFANIA HERNANDEZ NARVAEZ**, las siguientes sumas y conceptos:

LICENCIA DE MATERNIDAD	\$ 4.410.000,00
CESANTIAS	\$ 4'235.890,00
INTERESES DE CESANTIAS	\$ 389.986,00
VACACIONES	\$ 2.149.583,00
PRIMA DE SERVICIO	\$ 3'019.890,00

La sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. en suma de **\$25.200.000** por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo (del 5 de mayo del 2018 al 4 de mayo del 2020), y a partir del mes 25 -5 de mayo de 2020- intereses moratorios a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se produzca el pago total de la obligación.

TERCERO: ABSOLVER a **TERESA BEATRIZ GÓMEZ DE HERNÁNDEZ** de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

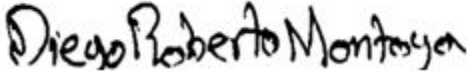
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ROSARIO
ANGEL REYES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 07
2020 00324 02)**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


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, 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., Y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 07 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de marzo del 2022 (Exp. Digital: «37Audienciaart80.mp4», récord: 1:27:17), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante *MARÍA ROSARIO ANGEL REYES* con la AFP *PORVENIR* el 1° de noviembre de 1999 contenido en el formulario N°01241099 y con la AFP *SKANDIA* el 1° de febrero del 2011 contenido en el formulario N°563978.

SEGUNDO: ORDENAR a *SKANDIA* a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante *MARIA ROSARIO ANGEL REYES*, dineros que deben incluir todos los rendimientos hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por *COLPENSIONES*.

TERCERO: ORDENAR a *PORVENIR* y *SKANDIA* a devolver todos los gastos de todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante por cualquier concepto ya sean gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento o valor que se hayan descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras ha estado afiliada tanto a *PORVENIR* como a *SKANDIA*, valores que deben ser reintegrados y devueltos a *COLPENSIONES* debidamente indexados, a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a *COLPENSIONES* a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante, desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1978.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por *COLPENSIONES*, *PORVENIR S.A* y *SKANDIA S.A*.

SEXTO: Las costas son a cargo de *PORVENIR*, las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, no hay lugar a condena en costas ni agencias en derecho contra *COLPENSIONES* y *SKANDIA*.

SEPTIMO: ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de *COLPENSIONES* como entidad (...) por la nación y a fin de que el superior supervise la legalidad de lo decidido».

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

Así, en primer lugar, *COLPENSIONES* en su apelación solicita se revoque la sentencia, señalando, si bien la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación

Laboral ha señalado que en esta clase de asuntos se debe invertir la carga de la prueba, ésta no es automática sino que se tiene que efectuar un análisis de cada caso en concreto, precisando en este caso en el interrogatorio de parte la demandante indicó cuáles fueron las circunstancias de tiempo modo y lugar, mediante los cuales se efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y de unas ciertas particularidades que no permiten generar tal inversión. Señaló, que el presente asunto se incoó en razón a que la demandante no está de acuerdo con la mesada pensional que le van a reconocer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin aludir a una falta de información, circunstancia que no es óbice para declarar una ineficacia de una afiliación.

Señaló que las vinculaciones de la demandante se efectuaron de manera libre y voluntaria, pues ella misma lo manifestó, puso en conocimiento una asesoría entre 20 minutos a media hora, sabía cómo era el método pensional en el régimen que administraba en su momento el Instituto los Seguros Sociales, circunstancias que dan pie a que no estamos frente a una afiliada que no conocía cual era el sistema pensional, si no que por el contrario, tenía cierto conocimiento del mismo y con base en él, es que decidió que su situación pensional estuviera regida por las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. efectuando su traslado de manera horizontal para el año 2011, ratificando su voluntad.

Alegó, que, con la declaratoria de la nulidad, el eventual traslado de los aportes del RAIS al RPM, afectaría gravemente el equilibrio financiero y presupuestal de COLPENSIONES, desconociendo el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, pues pone en peligro los derechos fundamentales a la Seguridad Social de los demás afiliados, al beneficiarse de una pensión que cuyo pago afectaría directamente al sistema pensional, pues en última sería el patrimonio público, el cual entraría a pagar la pensión que llegara a percibir la demandante.

Aunado a lo anterior, indicó que la demandante fue negligente al no cumplir con sus obligaciones como afiliada, pues la falta de la diligencia y de interés por consultar su situación pensional no puede entonces trasladársele a los fondos para que ellos

se vean condenados en lo que respecta a su situación pensional¹ (récord: 1:29:22, ibidem).

A su turno, PORVENIR apeló la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas impuestas en contra de la dicha AFP, precisando, frente a la falta del deber de información, que la demandante en el interrogatorio aceptó que se le entregó la información, donde se le informó sobre las condiciones y características de ambos regímenes pensionales de modo que para el momento del traslado sabía cuáles eran las condiciones para pensionarse en el RPMPD.

¹ «Muchísimas gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, de manera muy respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de proferir y le solicito en este mismo sentido a los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, absolver a mi representada Colpensiones en relación a las siguientes consideraciones, revocando lo manifestado en primera instancia.

En primer lugar, esta apoderada se aparta de las consideraciones esbozadas por el juez al momento de proferir la sentencia objeto del presente recurso en razón al análisis que se efectuó en lo que respecta al interrogatorio de parte, si bien la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado que en esta clase de asuntos se debe invertir la carga de la prueba, es importante señalar que la Corte Constitucional en sentencia C-086 del año 2016, nos ha señalado que la inversión de la carga de la prueba no se efectúa de manera automática sino que se tiene que efectuar un análisis de cada caso en concreto, acá es donde entramos a analizar en lo que respecta al interrogatorio de parte de la demandante como se efectuó, cuáles fueron las circunstancias de tiempo modo y lugar mediante las cuales se efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y de unas ciertas particularidades que no permiten generar tal inversión. Es importante señalar, tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión que el presente asunto se incoó por así decirlo, en razón a que la demandante no está de acuerdo con la mesada pensional que le van a reconocer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la demandante no hace una alusión en lo que respecta a una falta de información sino que por el contrario, siente que la mesada pensional que podría llegar a recibir conforme a lo que ella cree en el régimen de prima media con prestación definida administrada por mi representada Colpensiones, resulta ser completamente diferente y mayor a lo que recibiría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que no es óbice para entonces nosotros entrar a declarar una ineficacia de una afiliación cuando efectivamente no se presentan los supuestos para tal fin.

También es importante señalar que las vinculaciones de la demandante se efectuaron de manera libre y voluntaria, ella misma lo manifestó, ella misma puso en conocimiento una asesoría entre 20 minutos a media hora, se le puso en conocimiento o ella sabía cómo era el método pensional en el régimen que administraba en su momento el Instituto los Seguros Sociales, circunstancias que dan pie a que no estamos frente a una afiliada que no conocía cual era el sistema pensional, si no que por el contrario tenía cierto conocimiento del mismo y con base en él es que ella decidió que su situación pensional estuviera regida por las características del régimen de ahorro individual con solidaridad efectuando su traslado de manera horizontal para el año 2011 ratificando su voluntad.

También es importante señalar y le pongo de presente a los honorables magistrados en lo que respecta a las consideraciones de la sentencia objeto del presente, frente a la devolución de los saldos por parte de los fondos aquí demandados, es importante señalar que esta circunstancia no es óbice para nosotros entrar a desconocer la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, es importante señalar que si se establece una prohibición legal de traslado es justamente para evitar que se presente una descapitalización del fondo que administra mi representada y entrar a perjudicar a los miles de afiliados que se encuentran vinculados con Colpensiones, circunstancia que se presenta en el caso y tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión, por cuanto cómo vamos nosotros a entrar a reconocer una prestación pensional en favor de la demandante cuando no fue tenida en cuenta por mí representada para conocer a futuro una posible mesada pensional y cuando no se tiene que las cotizaciones que se están efectuando en este sistema de reparto van a estar dirigidas es a entrar a reconocer una posible mesada pensional a favor de la demandante, es aquí donde se presenta la descapitalización, por lo que solicito se tenga en cuenta y analice de fondo tal circunstancia por cuanto itero la devolución de los aportes no genera una protección a este principio y más aún que todos conocemos es un principio de rango constitucional.

También es importante señalar, que en el presente asunto efectivamente vemos que la demandante fue negligente, circunstancia pues que también nos generaría a nosotros endilgarle a la demandante responsabilidad, no todo es cuestión de que tengan derecho los afiliados dentro de este sistema general de pensiones sino que ellos también ostentan obligaciones, obligaciones pues que en este caso fueron completamente incumplidas por la demandante y ella misma nos lo dijo en el interrogatorio de parte, entonces esta falta de interés, esta falta de la diligencia frente a consultar su situación pensiones no puede entonces trasladársele a los fondos para que ellos se vean condenados en lo que respecta a la situación pensional de la demandante.

En estos términos bastante precisos, dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole muy respetuosamente nuevamente a los honorables magistrados revocar la decisión proferida en primera instancia y en consecuencia proceder a absolver a mi representada Colpensiones, en estos términos, dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchísimas gracias su señoría por la oportunidad que me brindó en el día de hoy».

Manifestó, que el formulario de afiliación fue aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia de las entidades de Seguridad Social donde la AFP no podía plantear cuál era su contenido, pues estaba establecido por ley en normas de orden público y la manifestación al lado de las firmas, es en cumplimiento de una norma de orden público. Por lo tanto, es equivocado decir que en el formulario no se puede dar cuenta de otra información diferente por ser un formulario de adhesión, dado que era lo que ordenaba y exigía la ley para el momento del traslado; siendo además, un documento público que se presume auténtico y por ello no puede ser desconocido.

Manifestó, que a los actos previos de la afiliación no les aplica a quienes no tienen la calidad de afiliados, sino a quienes son usuarios, además, la misma ley establece que el consumidor financiero tiene deberes y cargas como informarse acerca de los regímenes pensionales, deberes y cargas que nunca cumplió la parte demandante.

Respecto a la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, señaló ser de contenido jurisprudencial, reiterando haber cumplido su deber de información lo cual se acreditaba con el formulario de afiliación, única prueba que se exigía al momento del traslado y además con el interrogatorio de parte, donde la demandante dio claros indicios de que conocía las condiciones y características de los regímenes pensionales. Sumado a que la demandante tiene cargas y deberes, como informarse de las condiciones de funcionamiento del sistema que son públicas: que el alcance de la información, no es el que se pretende respecto de hacer proyección pensional al momento de la afiliación, pero en ese momento ni siquiera existía esa obligación legal.

Agregó, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado se establece cuando hayan actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación, lo cual supone un dolo, una intención de generar un daño y en este caso no se acreditó, así como la intención de inducir a error, ni sé engaño; de modo que, lo único que podría caber entonces sería una nulidad del acto jurídico del traslado, frente a lo cual, reiteró estar acreditado la información, que no podía para la fecha, tener el alcance que se pretende por el Juzgado, pues sería obligarla a lo imposible, no se acreditó el engaño a la demandante y que de eso se hubiese generado un error de hecho, pero de configurarse, al haber pasado

más de 20 años, donde ha venido realizando aportes al RAIS, 10 años con PORVENIR y otros 10 con SKANDIA, quedó saneado el error de hecho a través de la ratificación del acto. Concluyendo en ese orden, que no se cumple con los requisitos para que se declare la nulidad que establece la Ley 100. Sumado al hecho de la demandante de no trasladarse y devolverse al régimen de prima media en los términos legalmente exigidos, pues tuvo toda la posibilidad de hacerlo y nunca lo ejerció, señalando en el interrogatorio de parte que se cambió a SKANDIA porque le generaba mayores rendimientos, con lo cual, se demuestra que sí sabía cuáles eran las condiciones para pensionarse en el RAIS.

Añadió, que de conformidad con la propia Ley 100, el aporte tanto en prima media como en régimen de ahorro individual, no está destinado a su totalidad a financiar el derecho pensional por lo que no se puede englobar de manera universal la totalidad de las sumas percibidas cuando hay cambio de regímenes por cualquier razón; dado que los traslados de recursos entre regímenes están plenamente establecidos en la ley 100 de 1993; solo se puede trasladar aquellas sumas que se dirigen a financiar el derecho pensional, no siendo posible trasladar los gastos de administración y primas de seguros, porque durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante realizó una gestión de administración exitosa y de buena fe y cumplió con su deber respecto a la prima de seguro. La devolución de estas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en ese mismo sentido debe aplicarse la prescripción, pues con ellos no se financia la pensión² (récord: 1:34:00, ibidem).

² «De manera respetuosa señor juez me permitió interponer recurso de apelación en relación con la decisión que acaba de proferir el despacho y en consecuencia solicito al Tribunal Superior de Bogotá que revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia y profiera en segunda instancia sentencia de carácter absolutorio de todas las pretensiones de la demanda frente a mí representada, este recurso lo sustenta en las siguientes consideraciones:

Frente a la falta del deber de información la demandante manifiesta en el interrogatorio que se le entregó la información, que tuvo una asesoría individual por más de media hora donde es claro que mi representada cumplió con su deber de información, informando las condiciones y características del régimen de ahorro individual y el régimen de prima media y la misma demandante en el interrogatorio de parte afirma saber cuáles eran las condiciones para pensionarse, afirma en ese momento del traslado saber cuáles eran las condiciones para pensionarse en el régimen de prima media por lo tanto se equivoca el despacho al decir que ella desconocía las condiciones y características de los dos regímenes.

Por otro lado y en relación con el contenido del formulario de afiliación, insisto que este no es un documento que Porvenir se inventó para evadir sus responsabilidades, se debe tener en cuenta que este formulario es aprobado o fue aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia de las entidades de Seguridad Social en este caso la Superintendencia Financiera de Colombia y mi representada ni siquiera podía plantear cuál era el contenido del formulario eso estaba establecido por ley en normas de orden público y la manifestación al lado de las firmas es en cumplimiento de una norma de orden público por lo tanto el despacho se equivoca al decir que en el formulario no se puede dar cuenta de otra información diferente porque ya que es un simple formulario de adhesión porque es que eso era lo que ordenaba y eso es lo único que exigía la ley para el momento del traslado y reiteró en relación con el contenido de ese formulario éste corresponde a un documento que es público que se presume auténtico y en esa medida esa presunción no puede ser desconocida por el despacho pues esto se encuentra establecido por el mismo código general del proceso.

Manifiesta el despacho que para 1994 a mi representada le era exigible lo establecido por el artículo 97 del decreto 663 del 93 del sistema financiero pero hay que poner de presente que esta norma se refiere a la administración de información suministrada a los usuarios de los servicios ósea quien ya tiene afiliación con la entidad y por lo tanto tiene la condición de usuario, si aún no se ha afiliado pues no

Finalmente, SKANDIA apeló la decisión de forma parcial, frente a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros indexados y prescripción. Frente a los gastos de administración, indicó que el Decreto 3995 del año 2008, señala aquellos emolumentos o conceptos que deben trasladarse en el momento de un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, en el caso

ostenta la condición de usuario por lo que esa norma no se puede aplicar en el caso presente, así que a los actos previos de la afiliación no les aplica, además la misma ley establece que el consumidor financiero tiene deberes y cargas como informarse acerca de los regímenes pensionales, deberes y cargas que nunca cumplió la parte demandante.

Manifiesta el despacho que en cuanto a la información hay una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, sin embargo esto es de puro contenido jurisprudencial y está claro que mi representada cumplió con su deber de información lo cual se acredita con el formulario de afiliación que es la única prueba que se exigía al momento del traslado y además con el interrogatorio de parte donde la demandante da claros indicios de que conocía las condiciones y características de los regímenes pensionales.

Por otro lado es claro que la demandante tiene cargas y deberes, y uno de ellos es informarse con las condiciones de funcionamiento del sistema que son públicas, no están en secreto y la misma Constitución nos exige a todos los ciudadanos el conocimiento de las leyes y normas de orden público, de manera que no se puede establecer en cabeza de mi representada la obligación de enseñar a sus afiliados, claro que si se le explica las condiciones del sistema y se le informa pero el alcance de esa información no es el que pretende el despacho que señala que mi representada no hizo ninguna proyección pensional al momento de la afiliación pero en ese momento ni siquiera existía esa obligación legal, pero en gracia de discusión entonces hay que tener en cuenta las condiciones particulares de la demandante para el momento del traslado que era una persona adulta profesional, una persona quien en el mismo interrogatorio de parte señala no firmar nada sin saber lo que está firmando, por lo que ella misma tenía claro lo que estaba firmando y se le había informado de las condiciones del formulario de afiliación y el acto jurídico de afiliación y traslado que estaba realizando, de lo contrario no hubiese firmado el formulario de afiliación porque ella misma es clara en su interrogatorio de parte con él.

Ahora declara el despacho la ineficacia del traslado la cual no hace referencia más que el artículo 271 de la ley cien que establece la ineficacia del traslado cuando hayan actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación y esto supone un dolo, una intención de generar un daño y en este caso no se acreditó el dolo, no se acreditó esa intención por parte de mi representada, no se indujo el error, no sé engaño, entonces no está acreditado el dolo por lo tanto no procede y el despacho se equivoca al declarar esta ineficacia, lo único que podría haber entonces sería una nulidad del acto jurídico del traslado que frente a esto me permito reiterar que está acreditado que si hubo información por parte de mi representada y que esa información no podía para la fecha tener el alcance que pretende el despacho porque eso es obligar a mí representada a lo imposible, no se acreditó que mi representada hubiese engañado a la demandante y que de eso se hubiese generado un error de hecho, no hay ninguna prueba, pero si el despacho, si el tribunal considera que se configura un error de hecho en la demandante al momento del traslado, nos encontramos más de 20 años después y la demandante manifiesta que se dio cuenta de su error hasta el año 2020 cuando durante 20 años ha venido realizando aportes al régimen de ahorro individual, 10 años con mi representada y otros 10 con Skandia, así que pero entonces téngase en cuenta que el error de hecho es susceptible de saneamiento a través de la ratificación del acto y si estar aportando y estar por más de 20 años en un régimen de ahorro individual no es ratificación, no sé qué más puede ser ratificación, en ese orden de ideas debe entenderse que no se cumple con los requisitos para que se declare la nulidad que establece la ley 100 y por otro lado debe tenerse que hay una omisión de la demandante frente al derecho que tenía de trasladarse y devolverse al régimen de prima media en los términos que lo exige la ley, porque tuvo toda la posibilidad de hacerlo y nunca lo ejerció, ella en el interrogatorio de parte afirma que se cambió a Skandia porque le generaba mayores rendimientos lo cual nos demuestra que ella sí sabía cuáles eran las condiciones para pensionarse en el régimen de ahorro individual y sabía cómo es que funciona el régimen de ahorro individual, el despacho exige a pesar de lo acreditado por mi representada pruebas sacramentales en relación con lo que el despacho denomina deber de información, cuando la ley de ninguna manera establece ese tipo de pruebas ad substantiam actus para efectos de acreditar la información suministrada al momento del traslado por lo que se debe aplicar el código general del proceso en cuanto a que los hechos pueden probarse en cualquier medio probatorio y cuando no exija un medio específico como en este caso debieron admitirse y valorarse todas las pruebas presentadas por mi representada incluyendo el formulario del interrogatorio de parte, las cuales acreditan que mi representada cumplió con los deberes en cabeza suya para el momento de la afiliación por parte de la demandante, debe tenerse en cuenta además que de conformidad con la propia ley 100 artículo 23 y 113 el aporte tanto en prima media como en régimen de ahorro individual no está destinado a su totalidad a financiar el derecho pensional por lo que no se puede englobar de manera universal la totalidad de las sumas percibidas cuando hay cambio de regímenes por cualquier razón, los traslados de recursos entre regímenes están plenamente establecidos en la ley 100 del 93 artículo 113 que establece cuáles son las sumas que se pueden devolver cuando se cambia de régimen por lo que esa norma no puede ser desconocida por el despacho solo se pueden trasladar el derecho pensional, solo se puede trasladar aquellas sumas que se dirigen a financiar el derecho pensional, las demás pues no se traslada porque no afectan el derecho pensional desde ningún punto de vista, hago referencia a los gastos de administración y primas de seguros, porque frente a los gastos de administración no se puede desconocer que mi representada durante todo el tiempo que estuvo afiliada a la demandante realizó una gestión de administración que fue exitosa y de buena fe y la prima de seguros tampoco porque la aseguradora cumplió con su deber, de lo contrario la devolución de estas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones porque recibiría una suma por una administración de recursos que ella no realizó y en ese mismo sentido frente a los gastos de administración y primas de servicios debe aplicarse la prescripción porque como con ellos no se financia la pensión pues de ellos no se puede predicar la imprescriptibilidad, así que se equivoca el despacho al declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por mi representada en la contestación de demanda, porque esta ópera frente a estas sumas la prescripción de 3 años establecida en el código procesal del trabajo y también opera frente a la nulidad relativa que sería la única que se podría llegar a declarar en gracia de discusión que se refiere a un vicio del consentimiento lo cual es susceptible de prescripción por un término de cuatro años y es claro que han pasado más de 20 años luego del acto jurídico del traslado razón por la cual la supuesta nulidad que declara el despacho estaría más que prescrita así que los supuestos bajo los cuales se encuentra condenada a mi representada en sentencia de primera instancia no se encuentran acreditados por lo que solicitó el honorable tribunal revocar la sentencia en su totalidad y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda muchísimas gracias señor juez».

particular y concreto cuando opera este del RAIS cómo es el presente caso hacia el régimen de prima media hacia Colpensiones, indicando dicha norma que los aportes que se deben trasladar son los destinados en la cuenta individual y el Fondo de Garantía de pensión mínima, sin contemplar de manera alguna los generado o el porcentaje destinado para los gastos de administración, lo cual guarda una relación armónica con las disposiciones contempladas en la Ley 100 del año 1993, donde se señala que una parte de esos gastos de administración precisamente están destinados para cubrir, para pagar las respectivas primas o las pólizas para las posibles contingencias de invalidez y muerte y, en ese orden de ideas, dichos recursos están en manos de estas aseguradoras. Añadiendo que con estas decisiones se está causando un perjuicio, no solo a la AFP, sino al régimen de ahorro individual.

Respecto al traslado de los rendimientos obtenidos, señaló, en cumplimiento del artículo 964 del Código Civil, sobre la restitución de los frutos, el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos y teniendo en consideración que la gestión se realizó eficientemente, esos rendimientos fueron obtenidos con buena fe, por tanto, debe revocarse tal orden, de lo contrario se estaría presumiendo una mala fe que la parte demandante en este juicio no probó.

Con relación a la indexación, solicitó se tenga en cuenta que existen providencias del Tribunal Superior de Cali, donde se estable que en los rendimientos se compensa la devaluación que se hubiese causado en cualquier tiempo, por ende, habría lugar a generarse doble sanción por un mismo hecho. De este modo, debe tenerse en cuenta la figura de la compensación que se estaría generando en el momento que se pagan los rendimientos que aquí fueron ordenados como una actualización monetaria y, en ese orden de ideas, solicitó la revocatoria de la indexación.

Finalmente, solicitó que el eventual caso de confirmarse la sentencia, se evalúe la figura de la prescripción, que debe recaer única y exclusivamente en los gastos de administración, dado que en este tipo de juicios, debe tenerse en consideración que existen o coexisten mejor dos tipos de relaciones contractuales que son simultáneas pero totalmente diferentes y la que surge o de la que nace esos gastos de administración es precisamente el contrato de seguros previsionales, contrato de

seguros previsional, que debe regularse bajo los postulados del código de Comercio norma que indica en artículo 1081 que todas la prescripción de las acciones que se deriva del contrato de seguros prescribe en dos años³ (récord: 1:43:12, ibidem).

³ «Gracias doctor de manera muy respetuosa siendo la oportunidad para presentar y sustentar parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia que aquí se acaba de proferir y notificar, en ese orden de ideas su señoría frente a los numerales dos y tercero de la precitada sentencia en el siguiente sentido:

Referente a los gastos de administración es dable concluir o determinar que existe el Decreto 3995 del año 2008 que en su artículo séptimo señala de manera taxativa cuáles son aquellos emolumentos o conceptos que deben trasladarse en el momento valga la redundancia que opere un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, en el caso particular y concreto cuando opera este del RAIS cómo es el presente caso hacia el régimen de prima media hacia Colpensiones, indica dicha norma que los aportes que se deben trasladar son los destinados en la cuenta individual de en este caso particular la aquí demandante y el Fondo de Garantía de pensión mínima, dicha norma no contempla de manera alguna que recaer o debe recaer un traslado de recursos frente a los generados o al porcentaje destinado para los gastos de administración que nos da la Ley 100 del año 1963, dicha norma no ha incurrido en una omisión legislativa sino que por el contrario guarda una relación armónica con las disposiciones contempladas en la Ley 100 del año 1993, norma que señala que indica que una parte de esos gastos de administración precisamente están destinados para cubrir, para pagar las respectivas primas o las pólizas para las posibles contingencias de invalidez y muerte y en ese orden de ideas dichos rubros no están a disposición de la entidad la cual yo represento sino que fueron trasladadas para pagar estos cubrimientos a las aseguradoras respectivas por ende no corresponde a Skandia o a la administradora como tal tener a su disposición dichos recursos sino que están en manos insisto de estas aseguradoras y en ese orden de ideas honorables magistrados de manera muy respetuosa solicito que se se revoque el numeral tercero de la precitada sentencia teniendo en consideración que debe para cumplir como bien lo señaló el juez de primera instancia con su propio patrimonio Skandia debe asumir o respaldar esos recursos de gastos de administración que no están en su poder sino que está en manos de terceros y en ese orden de ideas su señoría y honorables magistrados solicitó tener en cuenta que estos fallos, especialmente este tipo de sentencias están generando un perjuicio no solamente económico, fiscal y financiero a la entidad o a la administradora que yo estoy aquí representando, sino como tal al régimen de ahorro individual que aquí igualmente estoy representando en esta audiencia. Ahora bien seguidamente o anteriormente en el numeral segundo el juez de primera instancia indica que debe trasladarse igualmente los rendimientos obtenidos incluso hasta el momento que se hagan los traslados hacia Colpensiones y en ese orden de ideas de manera muy respetuosa solicito honorables magistrados que en cumplimiento del artículo 964 del Código Civil nos habla sobre la restitución de los frutos, dicha norma indica que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos y en ese orden de ideas teniendo en consideración que la gestión que realizó eficientemente y conforme a lo regulado por la ley 100 del año 93 se realizó no solamente bajo los postulados legales sino también bajo el principio constitucional de buena fe y en ese orden de ideas de manera muy respetuosa teniendo en cuenta que esos frutos o estos rendimientos fueron obtenidos con buena fe o en buena fe solicitó muy respetuosa honorables magistrados revocar el numeral segundo referente a los rendimientos que aquí nos señala y que nos contempla la numeral segundo de la sentencia que aquí se está indicando dado que lo contrario se estaría presumiendo una mala fe y como bien sabemos los presentes en esta audiencia, la mala fe debe ser probada y la buena fe se presume y en ese orden de ideas el apoderado de la parte demandante en este juicio no probó, no acreditó que existiera una mala fe por parte de la entidad la cual yo estoy representando para revolver o retomar los rendimientos que aquí se gestionaron bajo los lineamientos legales.

Otro punto que presenta inconformidad es lo señalado en la sentencia de primera instancia y hace referencia a la indexación, en ese orden de ideas de manera respetuosa solicitó al tribunal tener en consideración los fundamentos y las motivaciones que en varias sentencias y en varios autos y sentencias ha proferido el Tribunal Superior de Cali referente a la indexación en este tipo de procesos dado que el Tribunal Superior de Cali ha señalado como aquí en el presente caso se materializó que cuando se están incluyendo los rendimientos como aquí se incluyeron y que aquí se está solicitando su revocatoria, estos rendimientos de cierta manera compensa la devaluación que hubiese causado en cualquier tiempo, es decir lo que nos habla el juez de primera instancia actualización monetaria, la actualización monetaria se tomaría como una compensación entre el pago que ya se ordenó en el numeral segundo de esta sentencia de esos rendimientos y por ende no habría lugar a generarse doble sanción por un mismo hecho porque si estamos en el numeral segundo ordenando si se confirma la sentencia aquí indicada los rendimientos y en el numeral tercero nos está indicando que además debe ser de manera indexada se estaría generando doble sanción por un mismo hecho y en ese orden de ideas solicitó de manera muy respetuosa al tribunal tener en cuenta esta figura de la compensación que se estaría generando en el momento que se pagan los rendimientos que aquí fueron ordenados en el numeral segundo de esta sentencia como una actualización monetaria qué es lo que nos está hablando el juez de primera instancia y en ese orden de ideas solicitó su revocatoria frente al tema de la indexación.

Seguidamente y de manera subsidiada yo solicitó al tribunal que si eventualmente confirma la sentencia en los términos aquí indicado que se analice, se evalúe la figura de la prescripción que fue formulada oportunamente en el escrito de la contestación pero esta prescripción debe recaer única y exclusivamente precisamente a los gastos de administración o al porcentaje de gastos de administración dado que este tipo de procesos, este tipo de juicio debe tenerse en consideración que existen o coexisten mejor dos tipos de relaciones contractuales que son simultáneas pero totalmente diferentes y la que surge o de la que nace esos gastos de administración es precisamente el contrato de seguros previsionales, contrato de seguros previsional que debe regularse bajo los postulados del código de Comercio norma que indica en artículo 1081 que todas la prescripción de las acciones que se deriva del contrato de seguros prescribe en dos años y en ese orden de ideas teniendo en consideración que esta acción que aquí estamos hablando y que aquí estamos tocando el tema de los gastos de administración y como lo señala la norma en cita esta figura prescribe en dos años, teniendo en consideración que en el presente caso ha operado el término señalado en la norma incluso antes solicitó al honorable magistrado del tribunal que se evalúe esta figura para que se ordene o, se dé por probada esta figura y se prescriba los respectivos gastos de administración que aquí se están ordenando teniendo en consideración que ha prescrito durante el tiempo que estuvo la demandante aquí vinculada y en ese orden de ideas de manera muy respetuosa dejó por sentada parcialmente mi recurso de apelación contra la sentencia proferida señoría».

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: «02. Escrito-Demanda-Nulidad de Traslado 16-09-2020.pdf», páginas 49 a 51), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 46 a 49, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuado a la AFP PORVENIR por omisión en la información, incluido el traslado ante la AFP SKANDIA; en consecuencia, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados, junto con sus rendimientos y gastos de administración, a COLPENSIONES a aceptarla y registrarla como su afiliada; al pago de las costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos sus rendimientos; se condenó a SKANDIA y PORVENIR a devolver el valor de los gastos de administración y comisiones que se hubieran descontado de los aportes a la demandante, debidamente indexados, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar a la afiliada sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que les 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 2002⁴.

Así las cosas, según se deduce de los distintos documentos aportados al expediente, como formularios de afiliación a las AFP Porvenir y Skandia e historias labores, que la actora nació el 06 de noviembre de 1959 (páginas 38 a 44, ibidem, pág. 71 «11. Contestacion Porvenir.pdf» y «14. ExpedienteAdministrativo.pdf»), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de noviembre del año 2019 (páginas 34 y 3, «02. Escrito- Demanda-Nulidad de Traslado 16-09-2020.pdf»), esto es, cuando ya había alcanzado 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 474,57 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: «12. Contestacion Old mutual.pdf», páginas 60-62), 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 parte 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 **13 de septiembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de noviembre de 1999** (páginas 69 a 71, «11. Contestacion Porvenir.pdf») por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 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

«I. 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

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

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 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

⁶ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dlla 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, radicales 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.

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…).

“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.

«(...) 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 al 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 demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1999, cuando trabajaba con la Universidad del Rosario, la cual abrió la puerta para que algunos fondos de pensiones visitaran a sus funcionarios, los cuales les llevaban el formulario para que lo firmaran de una vez para el traslado al nuevo fondo de

⁷ Audiencia del 03 de agosto de 2022, récord 08:39

pensiones; que le informaron que con ello estaba asegurando su pensión, pues con el ISS había mucha duda, que esa plata con el gobierno se iba a perder, e iba a quedar sin pensiones, siendo la única manera trasladarse al fondo de pensiones, precisando que el formulario ya casi diligenciado, el cual sí leyó y firmó. Sin embargo, señaló que nunca le explicaron los requisitos para pensionarse en el fondo privado, no le explicaron sobre la apertura de una cuenta en Porvenir, ni sobre el capital para pensionarse, no le informaron en ese momento la posibilidad de hacer aportes voluntarios, no le indicaron qué pasaría con los aportes del ISS, no le explicaron sobre el retractor de la decisión de traslado, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio inicial de régimen.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (pág. 71 ib.), 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 CS SL12136-2014 y SL1689-2019) 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 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 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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de septiembre de 1999, efectivo el 1º de noviembre de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación

de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado un traslado entre AFP's 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 traslado, el mismo fue dentro del mismo régimen de ahorro individual (Pág. 32, «12. Contestacion Old mutual.pdf»), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al 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 2011⁸.

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

⁸ “(...) 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 (...)”.

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.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como también de SKANDIA

como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionarán los ordinales segundo y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, SKANDIA y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración y las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹, 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 utilidades¹⁰, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliado a cada una 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**».*

Precisando a las recurrentes SKANDIA y PORVENIR, 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,

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 (...).».

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 CSJ 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).

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.

Por otro lado, conviene ahondar, 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.

Sobre este aspecto, 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, objeto de apelación por las AFP accionadas e interpuesta por COLPENSIONES¹¹, a favor de quien se surte la consulta (página 50, «*13. Contestacion Colpensiones.pdf*»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, 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

¹¹ Se estudia 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 16 de junio de 2021 («*15. 2020-324 Auto tiene por contestada fija fecha y niega llamamiento en garantía..pdf*»).

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 CSJ SL2611-2020, 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, 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

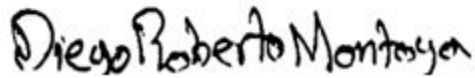
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a las AFP SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración y las comisiones en los términos allí indicados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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.

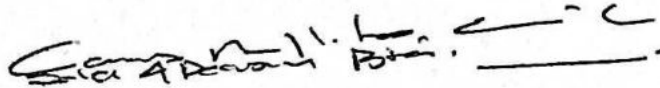
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO POR PEDRO ALONSO BERMUDEZ ARAOZ contra LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (RAD.
05 2021 00133 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada OLGA TERESA RODRIGUEZ GARCIA, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN, en su calidad de abogado de conformidad con la Escritura Pública N° 3364


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 ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de abril del 2022 (Audio archivo 15, record 25:01), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a cancelar o pagar a favor del señor PEDRO ALONSO BERMÚDEZ ARAOZ una pensión de invalidez, en cuantía de salario mínimo, a partir del 18 de marzo de 2018 junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional. Las mesadas deberán indexarse teniendo en cuenta cómo y IPC inicial

el del mes en que se cause cada mesada y cómo y IPC final el del mes anterior el que se efectuó su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de prescripción con efecto sobre las mesadas con anterioridad al 18 de marzo 2018 y la de inexistencia de la obligación respecto a los intereses moratorios.

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5 archivo 1 expediente unificado) las cuales se sustentaron en los hechos narrados en las páginas 5 a 10 ibídem, aspirando se declare reúne los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se declare como fecha de estructuración del estado de invalidez el 15 de octubre de 1996, cuando dejó de manera definitiva su actividad laboral que se sumó a la discapacidad por retardo, en consecuencia se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez con fecha real de estructuración -15 de octubre de 1996-, cuya mesadas pensionales deberán ser indexadas, igualmente solicita el pago de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto si bien se reconoció la pensión de invalidez se dispuso el pago de las mesadas a partir del 18 de marzo del 2018 en cuantía de un salario mínimo, debidamente indexadas, absolviendo del pago de los intereses moratorios.

Lo anterior, tras considerar que la fecha de estructuración de la invalidez lo fue para octubre de 1996, último ciclo de cotización al sistema, por lo que desde allí se debían contar las semanas requeridas por la Ley 100 de 1993 en su contenido original, al haberse estructurado la invalidez en tal data. Adujo acoger como tesis para el reconocimiento pensional la capacidad laboral reducida y afectada o

agravada por la patología visual del actor que le impidió continuar laborando, sumado a la discapacidad intelectual que posee, precisó que ello se extraía de la historia clínica aportada y del informe que se presentó por el Instituto Nacional de Demencias Emanuel de marzo de 2016, como también el certificado de discapacidad de la EPS FAMISANAR del 2017, consideró que efectivamente fue en el año 1996 cuando el demandante pierde el sentido de la vista del ojo izquierdo, de modo que ello sumado a la discapacidad intelectual implicó una reducción en su capacidad laboral para esa data, que da lugar a modificar la fecha de estructuración determinada por Colpensiones. En relación con la excepción de prescripción señalo que el derecho se causó desde el 1° de junio del 2017 fecha del dictamen de PCL reclamando ante Colpensiones y obteniendo respuesta negativa mediante resolución notificada el 5 de agosto del 2017 e interponiendo la demanda el 18 de marzo del 2021, cuando ya habían transcurrido 3 años, por lo que las mesadas causadas con anterioridad al 18 de marzo del 2018 prescribieron.

Así las cosas, y en aras de determinar si es procedente el reconocimiento pensional en virtud de la modificación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del demandante debe advertirse no se encuentra en discusión que al señor PEDRO ALFONSO BERMUDEZ ARAOZ Mediante Dictamen No. 2017218485CC del 1° de julio del 2017 COLPENSIONES determinó una PCL del 55,7% con fecha de estructuración 24 de abril del 2017 (*páginas 58 a 62 expediente unificado*).

Reseñado lo anterior, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora y como quiera que pretende se modifique la fecha de estructuración de la pérdida de su capacidad laboral, se ha de traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos en las Sentencias T-427 de 2012, T-022 de 2013 y T-70 de 2014, última de ellas en la que esa Corporación señaló de manera clara y textual:

*“La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que **en casos de enfermedades crónicas o congénitas, la fecha de estructuración es aquella en la que se determina la pérdida de capacidad laboral.** La fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; **no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo;** dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede*

ser fijada (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar”.

Reiterada igualmente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638 donde se indicó:

“Siendo ello así, cobra vigor lo adocetrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

[...]

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, **decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

De conformidad con lo anterior, lo primero que concluye la Sala es que no puede perderse de vista que, según el mismo dictamen de COLPENSIONES, al afiliado

NO se le diagnosticó una enfermedad de tipo crónico o degenerativo, sino que sus padecimientos corresponden a:

- Ceguera de un ojo, visión subnormal del otro
- Retraso mental leve: Otros deterioros del comportamiento
- Insuficiencia venosa

Estableciéndose en el citado dictamen que la fecha de la estructuración **-24 de abril del 2017-** corresponde a la data en que se efectuó al actor la valoración por oftalmológica (*ver páginas 59 a 61 expediente unificado*), pretendiendo ahora el accionante se establezca como fecha de PCL la del 31 de octubre de 1996 cuando se efectuó la última cotización al sistema (Historia Laboral aportada por Colpensiones –expediente administrativo-) aduciendo fue desde tal data que perdió su capacidad laboral.

Sin embargo, pese a las afirmaciones del promotor del litigio dentro del plenario y contrario a lo considerado por el Juez de primer grado no obra prueba que acredite que deba modificarse tal fecha, es decir no obra material probatorio orientado a controvertir el dictamen emitido por la Colpensiones, así como tampoco se acredita que las enfermedades que padece corresponden a las denominadas degenerativas o congénitas que den lugar a establecer otra data de acuerdo a los criterios jurisprudenciales atrás citados.

Nótese si bien en la paginas 30 a 35, 37 y 38 (Archivo 1 expediente digital) obran documentales suscritas por BORIS JOSUE BAJAIRE GOMEZ Medico Oftalmólogo donde se señala que el actor para el año 1996 presentaba desprendimiento de la retina, las mismas se tratan de simples comunicaciones dirigidas al ISS refiriendo tal situación, sin que de allí se pueda extraer que en efecto para octubre de 1996 en razón a dicho padecimiento se hubiera presentado la PCL.

En cuanto al “*INFORME DE RESULTADOS PRUEBA COGNITIVA NIÑOS*” (*páginas 39 a 44 Archivo 1 expediente digital*) efectuada por al INSTITUTO NACIONAL DE DEMENCIAS EMANUEL el 15 de enero del 2015, para la Sala se trata de un concepto que en manera alguna puede ser vinculante ni definitivo para el objeto del presente asunto, en tanto allí si bien se concluye que el actor tiene una capacidad intelectual baja como recomendación señala “*Valoración por psiquiatría para confirmar diagnóstico*” y además expresa:

“El presente informe es desarrollado por un psicólogo profesional con experiencia en evaluación, sin embargo, el sello del área de Neuropsicología, corresponde a la revisión de los hallazgos y la coherencia entre las puntuaciones asignadas y la descripción de los dominios cognitivos, por lo tanto, es importante resaltar que no fue valoración dirigida por el especialista en evaluación y diagnóstico neuropsicológico que firma el presente documento.”

De modo que no puede tomarse como una prueba irrefutable para catalogar el diagnóstico allí dado para el accionante, ni tampoco que su discapacidad se deba tomar desde el año 1996 como se solicita en la alzada.

Ahora el CERTIFICADO DE DISCAPACIDAD PERMANENTE emitido por la EPS FAMISAR el 6 de marzo del 2017 aun cuando señala (página 56 Archivo 1 expediente digital): *“Paciente con retardo en el desarrollo psicomotor en la infancia, presenta alteración desde la infancia, con dificultades en el conteo regresivo, lenguaje fluido, repite y obedece ordenes sencillas, y en esfera mental superior. Presenta leucocoria en ojo izquierdo por desprendimiento de retina, por lo que solo presenta un ojo único derecho con miopía patológica, maculopatía miopica en ojo derecho, presenta baja visión secundaria y afaquia. Agudeza visual con corrección 20/100 en ojo derecho y no percibe luz en el ojo izquierdo”,* también indica:

“Este certificado tiene fines exclusivos para trámites administrativos, razón por la cual no corresponde a una calificación de pérdida de capacidad laboral en los términos y para los efectos del artículo 142 del Decreto 19 de 2012 ni demás normas que lo regulen, en consecuencia, su uso es limitado y no puede ser objeto de controversia ni administrativa ni judicial.”

Adicionalmente, es claro que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Recordándose al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992¹, la *“Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la*

¹“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de

fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, **esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica**, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. (...).” (Resaltado por la Sala).

Razones por la cuales la Sala se encuentra de acuerdo con el dictamen emitido por COLPENSIONES de fecha 1° de junio de 2017, en tanto ésta entidad es idónea para determinar el origen de las enfermedades de la accionante como la fecha en que se estructuraron las mismas, aplicando criterios técnicos y médicos para tomar su decisión, los cuales no pueden ser en manera alguna refutados en esta instancia en tanto no se cuenta con otra prueba de similares connotaciones o un criterio médico adicional que dé lugar a verificar tales conclusiones, para poder así modificar la fecha de estructuración de las patologías padecidas por el promotor del litigio, además se tiene que dicho dictamen no fue objeto de apelación por parte del accionante en aras de que la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez lo revisara.

Precisándose las conclusiones dadas por la COLPENSINES en el citado dictamen, tienen un respaldo probatorio, que es razonable, coherente y fundamentado, sin que se advierta que en dichas conclusiones se encuentre un error que genere en la invalidez del mismo frente a la fecha de estructuración de la P.C.L., máxime teniendo en cuenta que los argumentos consignados en tal experticia derivan de la especialidad médica y valorativa del grupo interdisciplinario que lo suscribe, donde igualmente se señaló que el tipo de enfermedad del actor NO es degenerativa, progresiva, alto costo/catastrófica, congénita ni cerca al nacimiento:

Tipo de enfermedad	Degenerativa	NO	Progresiva	NO	Alto costo / catastrófica	NO	Congénita / Cerca al nacimiento	NO

Así las cosas, para esta Sala de decisión, no hay lugar a modificar la fecha de estructuración del estado de pérdida de capacidad establecida en el dictamen de COLPENSIONES, pues vale recordar que si bien esta jurisdicción tiene la facultad de efectuar dicha modificación en los dictámenes, lo cierto es que tal decisión

ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”

debe fundamentarse en los criterios técnicos y médicos contenidos en los medios de prueba que se aporten, que al presente litigio como ya se indicó no tuvieron el alcance de variar la data de la PCL del señor BERMUDEZ ARAOZ, y en consecuencia la decisión de primer grado deberá ser revocada.

Aunado a lo anterior y solo en gracia de la discusión, tampoco procede el estudio de la prestación pensional bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, aplicando el contenido original de la Ley 100 de 1993, toda vez que conforme al planteamiento de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL2358 Radicación No. 44596 del 25 de enero del 2017, para que proceda su aplicación se requiere que la invalidez se hubiera producido entre el 26 de diciembre de 2003 (fecha de expedición de la Ley 860 del 2003) y el 26 de diciembre del 2006 y, como ya se vio en el caso bajo estudio ocurrió el 24 de abril del 2017.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, se revocará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

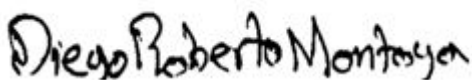
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

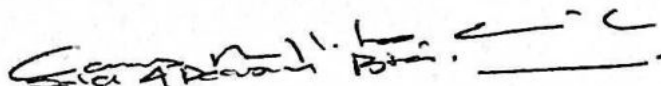
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **PEDRO ALONSO BERMUDEZ ARAOZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NANCY ELENA
VALENZUELA ASCENCIO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 05 2021 00033 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de septiembre 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de marzo del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital, record: 1:00:34*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora NANCY ELENA VALENZUELA ASCENCIO, a través de PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER S.A hoy PROTECCIÓN S.A.

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

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera pelado consúltese a favor de COLPENSIONES”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señala se debe tener en cuenta que la señora aquí demandante Nancy Valenzuela realizó el traslado el 1° de mayo de 2005 y por ende la asesoría se brindó de conformidad con el Decreto 663 de 1993,

precisando en todo el proceso no se evidenció que no se brindó la información clara precisa y adecuada al momento de realizar el traslado a su actual administradora de fondo de pensiones hoy en día Protección S.A. para poder la aquí demandante tomar la decisión de realizar un traslado de régimen de manera pertinente.

Aduce cuando no haya certeza si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves entre otros, advirtiéndole a lo largo del proceso Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión libre y voluntaria que tuvo la aquí demandante para realizar el traslado para el 1º de mayo de 2005 y realizar la solicitud de retorno hasta el mes de octubre 2020. *(Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital, record: 1:01:28)*¹

¹ Sí su señoría gracias, dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito exponer recurso de apelación de acuerdo a lo solicitado por mi empleador de la siguiente manera:

Expresando brevemente iniciando por el Decreto único 2555 de 2010 el cual incluye en su artículo 2.6.10 numeral primero y numeral quinto las condiciones que tiene entre las partes para llevar a cabo un contrato en el sector financiero, primero informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones de nuevo con el sistema de administración de los multifondos y las diferentes modalidades de pensión y numeral quinto las decisiones que se tomen en el sistema general de pensiones manifestado a través de documentos firmados u otros medios idóneos autorizados para ello implicará la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas, para este caso se tiene en cuenta que la señora aquí demandante Nancy Valenzuela realizó el traslado el primero de Mayo de 2005 y por ende la asesoría se brindó de conformidad con el decreto 663 de 1993 el cual indicaba que la obligación de las entidades suministrar 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 los elementos claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado para lo cual en todo el proceso se evidenció como tal que no se brindó la información clara precisa y adecuada al momento de realizar el traslado a su actual administradora de fondo de pensiones hoy en día Protección S.A, para poder la aquí demandante tomar la decisión de realizar un traslado de régimen de manera pues pertinente, bueno aun teniendo en cuenta el tema de que Santander lo hizo para cuando tenga 47 años de edad no.

Adicionalmente a esto me permito mencionar señor juez la siguiente sentencia la SL 3752 de la magistrada Ana María Muñoz Segura en la cual indica en ese orden de ideas es dable concluir que aun cuando no haya certeza si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves entre otros, para este caso téngase en cuenta como tal que como se ha venido informando a lo largo del proceso mí representaba nada tuvo que ver con la decisión libre y voluntaria que tuvo la aquí demandante para realizar el traslado para el primero de mayo de 2005 y realizar la solicitud de retorno hasta el mes de octubre 2020, con base en esos razonamientos solicito de manera respetuosa a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá en la sala laboral revocar el presente fallo aquí emitido muchas gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 1 y 1, archivo 2 Expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4 ibídem*), aspirando de manera principal se declare nulo el traslado al régimen de prima media al de ahorro individual efectuado el 5 de mayo de 2005, en consecuencia se ordene a Protección S.A. autorizar el traslado de régimen y proceda a poner a disposición de Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y a Colpensiones a recibir del fondo la totalidad de lo ahorrado, derechos *ultra y extra petita* y el pago de las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por la actora a SANTADER hoy PROTECCIÓN, disponiendo a dicha AFP, como actual administradora a la que se encuentra afiliada, trasladar los valores de las cotizaciones efectuadas con los rendimientos, frutos, intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes de la demandante y proceder a 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 no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado 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 2002².

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 8 de junio de 1964 (*Página 15, Archivo 2 Expediente Unificado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 9 de octubre del 2020 (*página 20 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 386,29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 7 años, 6 meses y 5 días (*Página 61, archivo 6 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, como lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **5 de mayo del 2005** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio del 2005** (*Páginas 22 y 63, archivo 6 expediente digital*) por afiliación que hiciera a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., 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

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 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 tunc³, 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).

³ 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 PROTECCIÓN antes SANTANDER.

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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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.

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 copiados 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 accionante⁵ 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 llegó a trabajar, se encontraba el asesor de SANTANDER quien le manifestó que el ISS se iba acabar y para no perder sus aportes lo mejor era trasladarse a ese fondo de pensiones, donde además tendría mejores rendimientos, la actora indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, ni tampoco lo que significa un bono pensional, mucho menos los requisitos para pensionarse, tan solo le ofrecieron las bondades de ese régimen.

⁵ Audiencia 7 de marzo de 2022, récord 8:38

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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN (*Página 22 Archivo 6 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es 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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la actora 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 perjudicarle
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 2005, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (5 de mayo del 2005, 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, no obstante, conforme lo visto, se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del

traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo jurisprudencia recién mencionada.

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

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS ni constituyen actos de relacionamiento como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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 a la demandante como su afiliada.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷. 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:

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

“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 del demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (Páginas 21 y 22, archivo 5 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 y modificará 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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de febrero del 2021, archivo 8 expediente digital.

la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, 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 de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA BERTILDA RIVERA VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 04 2021 00011 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 la apoderada de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio del 2022 (*Audio 3 carpeta 1 expediente digital record: 9:18*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas la parte actora, fíjese como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión enviar a la Sala Laboral del tribunal Superior de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación manifestando que de acuerdo al material probatorio que se aportó con el libelo se da paso a la viabilidad de la pensión, precisando la obligación de Colpensiones era realizar el cobro de los periodos con el empleador MARPIM VENTAS LTDA, evidenciando la entidad accionada no inició dicho cobro coactivo sin que dicha falencia pueda recaer en la demandante y en esa medida considera

se debe efectuar el reconocimiento y pago de la pensión desde el momento en que la accionante cumplió todos los requisitos para acceder a tal derecho (*Audio 3 carpeta 1 expediente digital record: 9:45*)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la accionante en este proceso, las pretensiones relacionadas en las páginas 6 y 7 (Archivo 4 subsanación demanda), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 7 y 8 ibídem, solicitando se condene a Colpensiones a llevar a cabo el cobro coactivo al empleador MARPIM VENTAS LTDA por las cotizaciones adeudadas del 19 de noviembre de 1991 al 3 de marzo de 1994, del 1° de marzo de 1995 al 31 de diciembre del año 2000 y del 2011 al 2015, en consecuencia se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a partir del 30 de octubre del 2019. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus

¹ “Sí señor juez, gracias, me permitió interponer recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferir su despacho para que ante el Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque todos y cada uno de los apartes, respeto el fallo pero bueno no lo comparto, hay que tener en cuenta que de acuerdo a todas las pruebas, el material probatorio que se aportó con el libelo demandatorio están todas las documentales y obran en ellas las documentales para que se dé paso a la viabilidad de la pensión de la señora de mi prohijsada, y como bien es cierto y como lo manifestó el señor juez la obligación era de la administradora colombiana de pensiones para que hiciera el cobro coactivo y está evidenciado con todos los periodos con el empleador Marpim Ventas Ltda., las cotizaciones adeudadas correspondientes a los periodos 19-11-91 hasta el 03-03 de 94; 01-03 del 95 y hasta el 31-03 del 95; 01-04-95 hasta el 31-12-95; 01-01 del 96 hasta el 31-12 del 96; 01-01 del 97 hasta el 31-12 del 97 y el periodo del 31-01 del 98 hasta el 31-12 del 98; 01-01-99 hasta 01-31 del 99 y del 01-01 2000 hasta el 31-12 2000 años; 2011,2010 y enero del 2011 y del 2013 hasta el mes de junio del 2015 se evidencia claramente que con estas estos vacíos y estás falta de pago que hiciera la empresa de los aportes a la Seguridad Social y efectivamente a pensiones de la empresa Martín ventas limitada se evidencia claramente que la entidad aquí demandada administradora colombiana de pensiones debe haber iniciado el cobro coactivo y no dejar que esta falencia recayera en la parte de mi prohijsada, pues toda vez que es una parte que efectivamente pues no tiene el cómo efectuar o cómo hace este respectivo cobro no haberle dejado la carga a la persona en indefensión como es el caso de mi prohijsada y para esto y más como solamente la voy a anunciar porque pues el señor juez ya en su introducción al fallo manifestó que la sentencia T-222 del 2018 expresa en torno al tema de la mora en el pago de los aportes para pensión lo siguiente “el cobro de los aportes pensionales que no hayan sido oportunamente trasladados por su empleado es una obligación legal de las administradoras de pensiones en efecto el artículo 24 de la ley 100 del 93 las faculta para adelantar los procedimientos de recaudo y el 57 les atribuye a las administradoras del régimen de prima media como Colpensiones la facultad para adelantar procesos de cobro coactivo”, en ese orden de ideas y verificando efectivamente todo el material probatorio que se tiene con el libelo, con las pruebas que sea llegaron y más con la reclamación administrativa, fotocopia de contrato laboral, fotocopia de historia laboral se evidencia claramente que la entidad aquí demandada debe hacer el reconocimiento y pago de la prestación de la pensión desde el momento en que la señora Ana Bertilde cumplió todos los requisitos para poder acceder a tal derecho, se están violentando los artículos 48 y 53 de la Constitución nacional y otros que los enuncie con los fundamentos de derecho en la demanda que pues no voy a repetirlo nuevamente por eso solicito a usted señor juez se me considere el recurso de apelación para que ante el Tribunal de Bogotá sea la hora de revoque en todos y cada uno de sus apartes y a la sala él solicitó que se tenga en cuenta todo este acervo probatorio y se revise y en sana crítica se revoque el fallo que usted acaba de proferir señor juez muchas gracias.”

aspiraciones por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra tras considerar que para tener en cuenta algún tipo de mora debía acreditarse el vínculo laboral, lo cual en autos no se dio, en primer lugar porque no se evidencia la mora alegada y en segundo lugar porque obra novedad de retiro con el empleador MARPIM VENTAS LTDA desde diciembre del año 2000, precisando del año 2011 al 2015 no hay prueba de algún tipo de vínculo laboral con dicho empleador.

Así las cosas, habrá de determinarse si a la demandante le asiste el derecho a acceder al derecho pensional, previo a la verificación del número de semanas que aduce se encuentran en mora por parte del empleador MARPIM VENTAS LTDA, así (hecho 4 demanda):

- 19 de noviembre de 1991 al 3 de marzo de 1994
- 1° de marzo al 31 de diciembre de 1995
- 1° de enero al 31 de diciembre de 1996
- 1° de enero al 31 de diciembre de 1997
- 1° de enero al 31 de diciembre de 1998
- 1° de enero al 31 de diciembre de 1999
- 1° de enero al 31 de diciembre del 2000
- Enero del 2010 a julio del 2015

En este orden de ideas, y procediendo al estudio del objeto de la Litis, resulta que de conformidad con la última historia laboral allegada al plenario por la encartada actualizada al 22 de septiembre del 2021 (*Expediente administrativo Carpeta 1 archivo digital - GRP-SCH-HL-66554443332211_2087-20210922034220*), evidencia esta Sala de decisión lo siguiente:

- 1) Se encuentran debidamente acreditados las cotizaciones del **29 de noviembre de 1991 al 3 de marzo de 1994** como se puede ver en imagen anexa, sin que obre observación de alguna deuda. Precisándose del 19 de noviembre al 28 de noviembre de 1991, no obra prueba de la vinculación laboral de la demandante con dicha sociedad.

DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS ANTERIORES A 1995

Este reporte contiene el detalle de las semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 1994.

[27] Identificación Empleador	[28] Nombre o Razón Social	[29] Ciclo Desde	[30] Ciclo Hasta	[31] Asignación Básica Mensual	[32] Días Rep.	[33] Observación
1006143964	MARPIM VENTAS LTDA	29/11/1991	31/12/1991	\$ 54.630	33	Pago aplicado al periodo declarado
1006143964	MARPIM VENTAS LTDA	01/01/1992	31/12/1992	\$ 70.260	366	Pago aplicado al periodo declarado
1006143964	MARPIM VENTAS LTDA	01/01/1993	31/12/1993	\$ 89.070	365	Pago aplicado al periodo declarado
1006143964	MARPIM VENTAS LTDA	01/01/1994	03/03/1994	\$ 107.675	62	Pago aplicado al periodo declarado
1006144685	COMPRES Y DECORE Y COM.LTDA	02/06/1994	31/12/1994	\$ 98.750	213	Pago aplicado al periodo declarado

Nótese conforme al REPORTE DE SEMANAS COTIZASAS PERIODO 1967-1994 (*Expediente administrativo Carpeta 1 archivo digital - GRF-HLA-AF-2015_10673591-20151106042339*) COLPENSIONES indica como fecha de ingreso de la accionante a MARPIM VENTAS LTDA el 29 de noviembre de 1991 y como data de retiro el 3 de marzo de 1994.

Número Aportante:		01006143964 P		11		RELACIÓN NOVEDADES REGISTRADAS	
						MARPIIM VENTAS LTDA	
Afiliación:	Novedad	Fecha	Día	Salario	T.A.	Seguros	
939753442	Ingreso	1991/11/29	0	\$ 54.630	1	P.S.R	
939753442	Cambio de Salario	1992/01/01	35	\$ 70.260	1	P.S.R	
939753442	Cambio de Salario	1993/01/01	28	\$ 89.070	1	P.S.R	
939753442	Cambio de Salario	1994/01/01	31	\$ 107.675	1	P.S.R	
939753442	Retiro	1994/03/03	3	\$ 107.675	1	P.S.R	

- 2) **Del 1° de marzo de 1995 al 31 de diciembre del año 2000**, conforme al detalle de pagos efectuado por este empleador, no se registra ningún tipo de mora y en las observaciones se indica “*Pago aplicado al periodo declarado*”, registrándose la cotización respectiva en todo ese periodo, sin que allí tampoco se indique algún tipo de mora, registrándose la novedad de retiro “R” para el periodo diciembre del año 2000 “200012”. (*Expediente administrativo Carpeta 1 archivo digital - GRP-SCH-HL-66554443332211_2087-20210922034220*).
- 3) **De enero del 2010 a julio del 2015** no obra ni tan siquiera afiliación por parte de MARPIM VENTAS LTDA, ni tampoco pruebas que demuestren la vinculación de la accionante con tal sociedad. Nótese que la documental aportada con la demanda no puede ser tenida en cuenta para esos efectos, en tanto la de la página 30 del pdf Archivo 1 expediente digital, denominada “*Prórroga del contrato*” hasta el 31 de diciembre del 2005 no cuenta con los datos del empleador sino tan solo con una firma que se desconoce de quien proviene y el contrato de la página 31, si bien indica fecha de inicio 16 de

enero del 2001 y fecha final 15 de julio del 2001, se encuentra incompleto y no se pueden ver las partes que lo suscribieron.

En este orden de ideas, es claro que la sociedad MARPIM VENTAS LTDA, no registra afiliación alguna al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del 2010 al 2015, datas señaladas por la apelante, y en esa medida es claro que Colpensiones no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas no figuran, pues además de no existir afiliación no se pudo establecer que la accionante era una trabajadora dependiente de esa empresa, por ende es claro que la falencia en la contabilización de estas semanas en la historia laboral de la promotora del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que, **si hay afiliación, pero existe mora** o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones, y en este caso no se demandó el pago calculo actuarial.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, 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), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182².

² 2. *Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.*

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo

Razones por las cuales, no es posible incluir dentro de la historia laboral de la actora los ciclos de enero del 2010 a julio del 2015 como fueron pedidos, ni tampoco los restantes pues no existe la mora que se alega en la demanda.

En este punto es importante anotar, en el expediente no obran más elementos de prueba de los que puedan extraerse tiempos de servicios o semanas de cotización que puedan adicionarse a la historia laboral, advirtiéndose, tampoco se evidencian errores en la contabilización de las semanas efectuado por Colpensiones en el detalle expedido y ningún yerro se le atribuyó a la misma en el curso del trámite procesal.

Precisado lo anterior, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones ya citado, la demandante acredita un total de **1048,86 semanas** debidamente contabilizados en la historia laboral, por lo que no alcanza la densidad de semanas exigida en la Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento pensional a voces de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 797 de 2003, pues para el 2019 (año en que cumplió los 57 años de edad³) debía acumular una densidad de 1300 semanas.

En ese orden de ideas, al no haberse encontrado acreditados los requisitos para acceder al derecho pensional a la luz de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

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)

³ Nació el 30 de octubre de 1962, conforme la copia de la cedula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo aportado por Colpensiones, en el archivo denominado “GEN-DDI-AF-2020_1252679-20200129020117”

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDA: COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNAN MORENO GODOYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2020 00287 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de junio del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 16 expediente digital, record: 1:41:14*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Demandante **HERNÁN MORENO GODOY** del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 24 de febrero de 2000, con efectividad a partir del 1° de abril del mismo año y los demás traslados que se efectuaron con posterioridad en forma horizontal entre fondos, incluyendo en ellos el último que realizó incluso nuevamente a **PROTECCIÓN S. A.**, para entender válidamente vinculado al Demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -**COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó a realizar alguna, bonos pensionales, sin descuento alguno de ninguna naturaleza es decir ni por gastos de administración, por sumas adicionales de reaseguros, con todos esos rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, en las dos oportunidades en que estuvo afiliado allí el demandante, todo de conformidad con la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a que acepte y reciba ese dinero proveniente de PROTECCION S.A, para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo le actualice la información en su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada ACTOS DE RELACIONAMIENTO, propuesta por PROTECCIÓN S.A., de igual manera declarar no probada la excepción propuesta por COLPENSIONES y que denominó PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, de la misma manera declarar no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por todas y cada una de las demandadas, todo conforme a la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con las agencias en derecho a las Demandadas PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES, las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS, para cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la Demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES expresa no se dieron los presupuestos para que se genere una ineficacia del traslado del demandante y mucho menos los requisitos para recibirlo en el régimen de prima media con prestación definida de nuevo, ante la imposibilidad legal que hay para aceptarlo. Expresa no se demostró algún tipo de vicio del consentimiento en el traslado de régimen y permaneció en el mismo bastante tiempo, incluso se trasladó entre varios fondos privados y en ningún momento mostró intereses para regresar al régimen de prima media con prestación definida (*Audio archivo 16 expediente digital, record: 1:45:29*)¹

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

¹ “Muchas gracias señor juez, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación, esto por la directriz que emana de la entidad ratificando pues que conforme a lo establecido y a la postura que tiene la entidad en este tipo de trámites y con el caso a fondo del señor Hernán Godoy, no se dieron los presupuestos para que se genere una ineficacia del traslado del señor demandante y mucho menos los requisitos para recibir al señor demandante en el régimen de prima media con prestación definida de nuevo, esto igualmente imposibilidad legal que hay para recibir al señor demandante en su momento llevaría de suyo de que no por lo menos no sería justo para la entidad que se cobren unas costas dado que pues la negativa es únicamente por el imperio de la ley y la fecha de nacimiento del señor actor.

Igualmente conforme a lo establecido y lo que se pudo desprender de la de ponencia del señor actor, en ningún momento hubo algún tipo de vicio del consentimiento de este para que se trasladara el régimen de ahorro individual con solidaridad y permaneció en el mismo bastante tiempo, se movió entre varios fondos privados y en ningún momento mostro interés para regresar al régimen de prima media con prestación definida, si no que hasta que en algún momento y a raíz de las variaciones del mercado pues la prestación pensional que posiblemente recibiera el cómo mesada en el régimen plurimencionado de ahorro individual fuera distinto a por lo menos sus pretensiones o deseos de un valor mucho más alto, así las cosas espera la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que el tribunal resuelva estos detalles pormenorizados del caso particular del señor Hernán Moreno Godoy y revoque la determinación que acaba de proferir el despacho de instancia muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (**Página 7, archivo 3 Expediente Digitalizado**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 7 a 8 *ibídem***), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y a PORVENIR, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo como afiliado en el régimen de prima media como si nunca se hubiere traslado, igualmente se ordene devolver los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración, costas y agencias en derechos, 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, en consecuencia, condenó a dicha AFP como actual administradora del régimen a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de reaseguros, con todos sus rendimientos financieros sin descuento alguno de ninguna naturaleza, es decir, ni por gastos de administración con destino a COLPENSIONES; igualmente condenó a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores y tener como válida la afiliación del actor, actualizando su historia laboral en semanas cotizadas. 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 si bien se pudo haberle brindado información al actor sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada ni mucho menos los traslados horizontales efectuados por el actor.

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 2002².

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 12 de mayo de 1961 (*Página 14, Archivo 3 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de febrero del 2020 (*Páginas 16, 18 y 19 ibídem*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 667,57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 12 años, 11 meses y 23 días (*Página 76, archivo 7 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, como lo afirma Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **24 de febrero del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril del 2000** (*Páginas 22 y 24, 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

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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 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 tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

³ 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 del actor al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

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

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.

(...).

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 el accionante⁵ 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN, señalando que el ISS se iba acabar y para no perder sus aportes lo mejor era trasladarse a ese fondo de pensiones, donde además tendría mejores rendimientos, el actor indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, mucho menos los requisitos para pensionarse, tan solo le ofrecieron las bondades de ese régimen, enfatizando en que se podía pensionar en cualquier tiempo y que su pensión sería igual o mejor a la del ISS en ese entonces.

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

⁵ Audiencia 23 de junio de 2022, récord 17:18

muchos menos que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (*Página 22 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.

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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 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 2000, cuando se produjo el traslado del 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(24 de febrero del 2000, efectivo el 1 de abril de ese año)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP como lo sostiene COLPENSIONES en la alzada (*Página 24 Historial Vinculaciones Archivo 7 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 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.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN además de lo ordenado por el Juez *a quo* deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷, de la misma manera PORVENIR debe retornar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera indexada con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante

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

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

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

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 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 COLPENSIONES⁸ (Páginas 15 y 16, archivo 8 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 PROTECCIÓN devolver además de lo indicado por el Juez *a quo* las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, de la misma manera PORVENIR debe retornar a COLPENSIONES los gastos de administración, las

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 20 de mayo del 2022, archivo 16 expediente digital.

comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera indexada con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 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 MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ISAAC GONZALEZ CONTRERAS CONTRA CARBONERAS EL FRAILE S.A.S., ALVARO RODRIGUEZ MOSCOSO, NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ, PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ y BRAIAM FARID RODRIGUEZ TRIANA (RAD. 06 2019 00350 01 y 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 27 de agosto de 2021, mediante el cual negó a su favor el decreto de la prueba de inspección judicial, los testimonios solicitados a través de correo electrónico del 6 de abril del 2021 y la documental enviada por correo electrónico del 26 de agosto del 2021 (*Cd. fl. 111 expediente físico, record: 4:28 a 5:27*).

En la sustentación del recurso señala el apoderado recurrente que se aparta de la decisión proferida por el Despacho, por considerar necesaria la práctica de las pruebas negadas, para dar a conocer la verdad de lo ocurrido y la relación o vínculo laboral entre el demandante y los demandados.¹ (*Cd. fl. 111 expediente físico, record: 7:04*).

¹ **Apoderado demandante (Record: 07:04):** Su señoría voy a presentar recurso de reposición en subsidio de apelación contra de la decisión adoptada por su despacho relacionada con las pruebas que fueron solicitadas, los testimonios que fueron solicitados mediante correo electrónico, y la documental adjunta presentada el día

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 4º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S. el auto mediante el cual se “... *niegue el decreto... de una prueba*” es susceptible del recurso de apelación, y en consecuencia procede la Sala a resolver lo pertinente atendiendo los puntos concretos objeto de controversia (Art. 66 A *ibídem*).

Sea lo primero indicar, las pretensiones de la parte actora dentro del presente proceso apuntan de manera principal a la declaratoria de un contrato de trabajo del 11 de octubre del 2003 al 31 de octubre del 2018 y en consecuencia el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, indemnización del artículo 64 del C.S.T, indemnización del artículo 65 del C.S.T., la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (*fl. 7 expediente físico*).

De esta manera, en punto a la INSPECCIÓN JUDICIAL debe recordarse esta tiene por objeto el examen y reconocimiento que hace el Juez de cosas o hechos

26 de agosto, el día de ayer a su despacho, además de la prueba de referencia que fue denegada. El recurso lo sustento de la siguiente manera, los testigos, la prueba testimonial, lo importante aquí es entrar a demostrar y dar a conocer la verdad de lo que ocurrió y de la relación o vínculo laboral que existió entre el señor ISAAC GONZALEZ y las personas demandadas, y pues esto testigos son bastante importantes, porque son personas que trabajaban con el señor ISAAC GONZALEZ y dan fe que desarrollo su labor por mucho tiempo en las minas de los señores demandados y la empresa demandada.

En relación ya con la empresa, perdón, en relación con la prueba de referencia la finalidad de esta prueba o de la inspección judicial, más exactamente es que el despacho conozca el lugar donde desempeñaba las labores el señor ISAAC GONZALEZ, pues que son labores de minería y que tiene una forma particular de desarrollarse y que no, que consideró que es primordial el despacho en aras de su facultades o de su función laboral de defender el derecho de los trabajadores pues conozca muy bien cómo es que se desarrolla el trabajo de minería y como es que se contrató, como es que se desarrollan las labores de cada uno de los trabajadores mineros y en especial de los picadores, que tienen que ingresar obviamente a una zona difícil como son las minas, y pues tienen que exponer su vida, exponer su salud, verse afectados a un ambiente bastante complejo, que pues tiene una protección especial por el Estado, porque tiene obviamente una vigilancia de la, de la Agencia Nacional de Minería y pues en este caso se nota bastante qué pues no se cumplían con los lineamientos, o los requisitos legales laborales y para mi es importante que el Despacho, ya sea el mismo Despacho o por Despacho comisario, revise las minas en donde desarrollan las labores a efectos de evitar riesgos laborales, y a efectos de que conozcan las labores que efectivamente desarrollaba mi poderdante.

Eso en relación con la prueba en referencia y ya con la documental adjunta ayer, el día de ayer, el día 26 de agosto, vía correo electrónico es una documental que pues da a conocer que las labores que desempeñan tanto la empresa como los, las personas naturales demandadas son labores que están por fuera del contexto legal permitido, es decir, son labores ilícitas y al ser ilícitas pues genera, todo tipo de relación o vínculo jurídico que desarrollen pues obviamente va a tener una falta de legitimidad o va a ser de carácter nulo. Por eso es importante sean tenidas en cuenta puesto que la nulidad contractual en este caso del contrato de trabajo, es fundamental porque entonces demuestra que las labores que se desempeñaron, que desempeño el señor vienen de un contrato, de una actividad que es de carácter ilícita. En eso considero yo que se debe tener en cuenta mi recurso de reposición y mi recurso de apelación. Muchas gracias

litigiosos o relacionados con el debate, acompañándose de testigos o peritos, ahora en materia laboral el fin sigue siendo el mismo, constatándose tal diligencia mediante la inspección ocular, contenida en el artículo 55 del C. P. del T. y la S.S., pero exige tres requisitos a saber:

- 1) Cuando se presentan graves o fundados motivos que requieran aclarar hechos dudosos.
- 2) Que pueda cumplirse sin grave daño para las partes y sin obligarlas a violar secretos profesionales, comerciales o artísticos. Y
- 3) La conveniencia de su práctica calificada por el Juez.

En ese orden, debe hacer la Sala las siguientes precisiones, en primer lugar, no pueden dejar de lado las partes, que en el curso de las causas laborales el Juez se erige como el director del proceso, dadas las facultades que a él confiere el artículo 48 del C. P. del T. y la S.S., norma la cual le permite conducir la *litis* en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes y, por sobre todo, la inmediación, herramienta que sin lugar a dudas le permite ir conociendo la utilidad de los medios de prueba para la libre formación de su convencimiento.

En esta perspectiva vale la pena significar, verificadas las actuaciones surtidas en el plenario se observa que la Juez en ejercicio de las facultades de dirección e inmediación a que se ha hecho referencia y atendiendo las circunstancias propias del proceso, estimó que dadas las razones por ella expuestas no era factible decretar la prueba, lo cual en manera alguna se aprecia desacertado por las razones que se pasan a exponer.

Téngase en cuenta inicialmente, que la petición de la prueba se realizó en los siguientes términos (*fl. 15 expediente físico*):

“INSPECCIÓN JUDICIAL

Comedidamente solicito la inspección judicial a la empresa CARBONERAS EL FRAILE en la vereda espinal carrizal en el municipio de LENGUAZAQUE”

De tal manera, en el sub lite, se aprecia que el demandante no indicó el objeto perseguido con la inspección judicial peticionada, además, no hizo la parte actora claridad en cuanto a los puntos a evacuar en la inspección judicial, pues no señaló

de forma concreta e individualizada los aspectos sobre los cuales habría de versar la prueba, asunto de importancia además para que en caso de renuencia de la contraparte a su práctica, se tuvieran por probados los puntos que se querían demostrar con la misma. Es decir, no acató la parte recurrente la previsión contenida en el artículo 56 del C.P. del T. y la S.S., norma de la cual se infiere que la parte que solicita la prueba debe manifestar cuales son los hechos que pretende probar con la práctica de la misma, todo lo cual apareja la improcedencia de su decreto con base en la solicitud elevada en la demanda.

En la misma dirección, es menester recabar en que la diligencia de inspección judicial en materia laboral, se rige en principio por la disposición contenida en el artículo 55 del C.P. del T. y la S.S. el cual señala *“Cuando se presenten graves y fundados motivos o para aclarar hechos dudosos el Juez podrá decretar inspección judicial...”*; así pues, la expresión **“podrá”** contenida en la citada disposición deja bajo potestad del Juez el decreto del medio probatorio a que se ha hecho referencia, bajo la condición de que *“se presenten graves y fundados motivos o para aclarar hechos dudosos”*, por lo que basta con la consideración que hace el Juzgador al evaluar su necesidad para que sea procedente o no su decreto y/o práctica, pues es a él a quien incumbe la libre formación de su convencimiento.

No sobra advertir que, con la prueba que fue decretada por la *a quo*, es posible estudiar las pretensiones de la demanda, la cual permite tomar una decisión de fondo.

Ahora, en cuanto a la prueba TESTIMONIAL y DOCUMENTAL solicitada a través de correos electrónicos del 21 de abril y 26 de agosto del 2021 (*señalados por la Juez a quo en la audiencia del 27 de agosto del 2021 y visibles a folios 139 a 146*), lo primero que advierte la Sala es que frente a dicho punto la parte actora guardó silencio desde el momento de la presentación de la demanda, pues no presentó tal documental como anexo a la misma ni mencionó a más testigos de los allí expresados.

Razón por la cual, no resulta procedente el decreto de la misma, pues si bien el artículo 54 del C.P.L. faculta al Juez para decretar pruebas de oficio, ello no implica que deba aceptar el decreto de pruebas que no fueron solicitadas en el momento procesal oportuno y que se encontraban en poder de la parte actora,

dado que con la solicitud elevaba por la parte actora con posterioridad a la presentación de la demanda lo que se está pretendiendo es que sea la *a quo* quien despliegue los actos propios que a dicho sujeto procesal le correspondía.

Recuérdese 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 el cual señala: *“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 demostrar 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: *“8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.”*², a fin de contribuir con la agilidad y rapidez propios del procedimiento laboral³.

Por ello, en el presente asunto la parte actora debió desempeñar un papel activo en el recaudo de los medios de prueba que consideraba eran conducentes e imprescindibles para las resultas del proceso, aportándolos, al momento de la presentación de la demanda.

Por lo tanto, al no haber demostrado la parte actora la dificultad para obtener el medio probatorio (documental y testimonial) que aportó con posterioridad a la presentación del libelo que lo fue el 5 de abril del 2019 (*fl. 1 expediente físico*) o la imposibilidad física para su obtención en ese momento, no resulta procedente que su negligencia deba ser ahora subsanada por el operador judicial.

Razón por la cual, esta Sala de decisión no encuentra errada la decisión de la juez a quo ya que atendiendo sus facultades como directora del proceso obró de conformidad, atendiendo los postulados de los artículos 48 y 53 del C.P.L, y en esa medida de conformidad con las consideraciones que anteceden procede la confirmación del proveído apelado.

² CODIGO GENERAL DEL PROCESO art. 78, numeral 8.

³ CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO, art. 48.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente –ISAAC GONZALEZ CONTRERAS-

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el **AUTO** apelado de conformidad con las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo del recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Ahora bien, procede esta Sala de decisión a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de CARBONERAS EL FRAILE y de los señores PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ y NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 y 6 de noviembre de 2021 (CD's. fls. 113 y 116), en la que se resolvió (Record: 15:24 y 06:53):

“PRIMERO: CONDENAR a la accionada CARBONERA EL FRAILE S.A.S a reconocer y pagar al demandante señor ISAAC GONZALEZ CONTRERAS los siguientes conceptos:

- 1. La suma de \$13.277.000 por concepto de indemnización por despido.*
- 2. El pago de los aportes correspondientes a los ciclos de enero a mayo de 2018, con sujeción al promedio de lo devengado por el accionante en los periodos respectivos, sin perjuicio del salario mínimo legal vigente.*
- 3. El valor actualizado, cálculo actuarial de la totalidad del aporte para pensión que liquide la entidad de seguridad social, correspondiente para el periodo entre el día 15 de noviembre del 2003 y el mes de octubre del año 2004, con sujeción con el salario último que devengó el demandante durante el periodo en mención, sin perjuicio de que la sociedad demandada CARBONERAS EL FRAILE repita lo pagado respecto los demandados PABLO EMILIO RODRIGUEZ y NELSON HERNANDEZ, en relación con el cálculo actuarial.*

Se ABSUELVE de las restantes pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte actora, demandada se corrige (sic), vencida en el proceso, se fija la suma de \$3.500.000 por concepto de agencias en derecho.

SENTENCIA COMPLEMENTARIA

RESUELVE

CORREGIR, DECLARAR (sic) la anterior sentencia en el sentido en que la condena que se profirió en contra de la **SOCIEDAD CARBONERA EL FRAILE S.A.S.**, en relación con el reconocimiento y pago del cálculo actuarial corresponde en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre del año 2003 y el mes de octubre del año 2014, que se deberán liquidar con el salario último que percibió el demandante en el año en mención 2014.

En igual forma se adiciona la anterior sentencia del 5 de noviembre del año en curso, en sentido de extender la condena referida al cálculo actuarial a los señores **PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ** y **NELSON NERVADO HERNANDEZ MUÑOZ** en forma solidaria, en su condición de empleadores sustituidos por la **CARBONERA EL FRAILE S.A.S.**

En lo demás la sentencia queda incólume, aclarando que si la sociedad la **CARBONERA EL FRAILE S.A.S.**, satisface la obligación de acuerdo con la condena que se corrige, aclara o adiciona, puede repetir contra los empleadores transitados **PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ** y **NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ**.

Se **ABSUELVE** a los señores **BRAIAMN RODRIGUEZ TRIANA** y **ALVARO RODRIGUEZ MOSCOSO**, de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.”

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación; manifestando su inconformidad, en primer lugar, en relación con el pago de las prestaciones sociales generadas desde el año 2015 y hasta la presentación de la demanda, las cuales considera no se encuentran prescritas y por lo tanto son susceptibles de ser cobradas las cuales corresponden a las cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones, aduciendo que como se dijo en la sentencia que existió una sustitución patronal dicha figura obliga a las partes demandadas a que tengan la obligación de pagar tales prestaciones sociales, precisando en relación con las cesantías la prescripción se debe contar desde la fecha de finalización del contrato de trabajo que lo fue en el 2018, por lo que al estar desarrollando labores el actor desde el año 2003 se debe analizar su procedencia.

En cuanto a la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales refiere el juzgado de primer grado no hizo un análisis de la citada sanción, considerando que al no haberse pagado las prestaciones sociales debe existir la referida indemnización.

Finalmente señala que debe declararse la solidaridad entre los demandados pues debe haber una sentencia donde se vincule a todos por haber sido los empleadores del demandante y dado que se declaró la existencia de una relación laboral desde el año 2003 hasta el 2018 de manera continua. (Cd. fl. 113 record: 8:23)⁴

Por su parte el apoderado de la parte demandada en su recurso señala que se pasó por alto que con la demanda inicialmente presentada solamente se allegó poder para demandar a CARBONERAS EL FRAILE, luego no puede vincular a personas que no están llamadas a responder por las obligaciones reclamadas por la parte demandante, esto es, respecto de los señores NELSON HERNANDEZ y PABLO RODRIGUEZ.

En segundo lugar, indica que no quedaron plenamente demostrados los elementos que configuran el contrato de trabajo, específicamente los relacionados con la subordinación, ni tampoco los extremos de la relación laboral con CARBONERAS EL FRAILE pues nunca se demostró cuando se inició la relación laboral.

De otro lado expresa que no se configuró la prórroga del contrato de trabajo a término fijo, pues no se tuvo en cuenta la prueba documental que se allegó con la contestación de la demanda la cual efectivamente corrobora que se dio el aviso pertinente y que exige la ley para la terminación de los contratos a término fijo

⁴ **Apoderado demandante (08:23):** Muchas gracias su señoría pues dadas las circunstancias de la adición de la sentencia, dado que no he presentado la sustentación de la apelación dado que se suspendió el término por el hecho de no haber quedado en firme el auto de la sentencia, entonces voy a mantener la apelación inicial dictada en fallo de la audiencia anterior.

Manifestando mi inconformidad respecto de la falta de determinación de la declaración de pago de las prestaciones sociales de los últimos 3 años anteriores a la finalización del contrato, a la terminación del contrato del señor ISAAC GONZALEZ. En igual forma mantengo la apelación del fallo que no hubo declaración del reconocimiento de las cesantías de todos los años laborados por el señor ISAAC GONZALEZ, cesantías que en similar a la pensión no tienen prescripción en razón que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación ha determinado que estos, que las cesantías pues no tienen carácter de una prestación social que tenga prescripción.

Lo mismo, en el mismo sentido pues la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales contado a partir de los últimos 3 años anteriores a la culminación de la labor del señor ISAAC GONZALEZ, y por último, también mi inconformidad a lo cual considero que el despacho no estudio a cabalidad el tema de la solidaridad en relación a que todos los demandados que manifesté en la demandad, son solidariamente responsables por las obligaciones contractuales de carácter laboral que desarrollo el señor ISAAC GONZALEZ en la mina del Chuscal, y que con el tiempo se presentó una sustitución laboral pero esa sustitución laboral no exime de la responsabilidad que tienen los demás empelados, empleadores (sic), perdón, de pagar solidariamente las obligaciones laborales. Por lo tanto, considero que debe ser modificada la sentencia en relación los cuatro aspectos que nuevamente reitero han sido objeto de la apelación inicial, y que considero que deben ser tratados dentro del proceso en una segunda instancia. Muchas gracias su señoría.

inferior a un año. Manifiesta, se debe tener en cuenta la constancia de la existencia de la relación laboral del demandante, pero con la Asociación con mineros el espinal, por lo que en su sentir se puede observar que una vez culminado el contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año con CARBONERAS EL FRAILE, el demandante laboraba en el año 2019 para la citada Asociación. (Cd. fl. 116 record: 12:20⁵)

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 ISAAC GONZALEZ CONTRERAS en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 7 y 8), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos

⁵ **Apoderado demandado (12:20):** Gracias señora juez, siendo esta por ahora la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación, me permito manifestarle que efectivamente propongo el recurso de apelación contra la sentencia inicial y la adición a la presente sentencia, toda vez que su señoría ha condenado a los señores NELSON HERNANDEZ y PABLO RODRIGUEZ a pagar algunos de los derechos reclamados en la demanda por la parte actora. Esto sin observar que la señora juez paso por alto efectivamente el estudio de las excepciones propuestas, entre ellas la falta de poder para demandar a las personas naturales. La señora juez debe tener en cuenta que con la demanda inicialmente presentada solamente se allegó poder para demandar a CARBONERAS EL FRAILE, luego no puede vincular a personas que no están llamadas a responder por las obligaciones reclamadas por la parte demandante. Primer aspecto.

Segundo aspecto, no ha quedado plenamente demostrados los elementos que configuran el contrato de trabajo, específicamente los relacionados con la subordinación, debe tenerse en cuenta que para que exista un contrato de trabajo deben darse o cumplirse los tres elementos que la ley señala o exige como presupuestos para la existencia de la relación laboral. Segundo (sic)

Tercero, tampoco ha quedado demostrado cuales son los extremos de la relación laboral entre CARBONERAS EL FRAILE que fue la demandada en este proceso y para lo cual contaba con el poder el señor apoderado de la parte demandante y el demandante, es decir, el señor ISAAC GONZALEZ CONTRERAS, nunca se demostró cuando se inició la relación laboral, mucho menos se configuró la prórroga del contrato a término fijo, toda vez que tampoco la señora juez observó no tuvo en cuenta la prueba documental que se allegó con la contestación de la demanda en la cual efectivamente se corrobora que se dio el aviso pertinente y que exige la ley para la terminación de los contratos a término fijo inferior a un año. Además, de que dicha prueba también había sido allegada por el apoderado de la parte demandante como anexo o prueba documental de la demanda.

Igualmente señora juez debe tenerse en cuenta que con la demanda y con la contestación de la misma se allegó también certificaciones o constancias de la existencia de la relación laboral o constancias de la existencia de relación laboral del demandante pero con asociación con mineros el espinal, efectivamente se observa una vez culminado el contrato de trabajo a término fijo menor a 1 año con CARBONERAS EL FRAILE, también se allega certificación de que el demandante laboraba después o posteriormente, es decir, en el año 2019 para la Asociación de mineros del Espinal, tal como consta en certificación de fecha del 23 de septiembre del año 2019, que fue allegada con la contestación de la demanda.

Igualmente, debo expresar como punto final que no hubo un estudio o confrontación con el material probatorio de las excepciones propuestas por el suscrito toda vez que esto fue un fallo en el cual no se valoró ninguna de las pruebas, no hubo suficiente sustentación de la demanda, sino que fue un fallo a la ligera por salir del paso. Entonces, respetuosamente me permito solicitar a la señora juez se sirva conceder el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que allí se defina sobre estos cuatro puntos esenciales los cuales sustentaré y argumentaré en la oportunidad procesal correspondiente. Muchas gracias.

relatados a folios 8 a 10 del paginario, encaminadas principalmente a que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad el cual se desarrolló entre el 11 de octubre del año 2003 y el 31 de octubre del 2018, en consecuencia se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, indemnización del artículo 64 del C.S.T., indemnización del artículo 65 del C.S.T., indexación de las sumas adeudadas y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable**, en tanto la Juez de primer grado concluyó que como el demandante trabajó como picador en la mina el Chuscal de propiedad de los señores PABLO RODRIGUEZ y NELSON HERNANDEZ desde el 15 de noviembre del 2003 y luego por intermedio de CARBONERAS EL FRAILE en el periodo del 1° de enero al 30 de noviembre del 2018, se encontraba acreditado un solo contrato de trabajo; sin embargo, adujo que todas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 5 de abril del 2016 (3 años anteriores a la interposición de la demanda) se encontraban prescritas, prosperando únicamente el pago del cálculo actuarial por el tiempo en que la parte demandada no le cotizó al sistema de pensiones, esto es, del 15 de noviembre del 2003 hasta octubre del 2014, como quiera que de octubre del 2014 a mayo del 2018 obran aportes de la Asociación de Mineros del Espinal quien no fue llamada a la litis, precisando dicho calculo actuarial lo debe cancelar CARBONERAS EL FRAILE y los señores PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ y NELSON NERVADO HERNANDEZ MUÑOZ en forma solidaria, en su condición de empleadores sustituidos por la CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. Igualmente condenó al pago de aportes a pensión de enero a mayo del 2018 a cargo de CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. y la indemnización por despido sin justa causa, señalando que la no prórroga del contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año no se dio con un mes de antelación, ordenando por ende el pago de la suma de \$13.277.000.

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

De conformidad con lo anterior, la Sala procederá a resolver de manera inicial la apelación expuesta por el apoderado de la parte demandada a quien le fue

impuesta condena, esto es, PABLO EMILIO RODRIGUEZ, NELSON NEVARDO HERNANDEZ y CARBONERAS EL FRAILE S.A.S., precisándose la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre ISAAC GONZALEZ CONTRERAS como trabajador y los anteriores sujetos como empleadores, existió un único contrato de trabajo del 11 de octubre del 2003 al 30 de noviembre del 2018, advirtiéndose, la Juez de primera instancia halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes durante dicho periodo, a lo cual se opone la parte accionada.

Frente al primer argumento de apelación del extremo pasivo, relacionado con la falta de poder del abogado del demandante para accionar a las personas naturales demandadas, baste con señalar este no es el escenario para discutir tal situación y en todo caso desde la primera audiencia de trámite llevada a cabo el 27 de agosto del 2021 se subsana tal falencia, pues el accionante otorgó de manera verbal a su apoderado el poder para demandar a las citadas personas, al efecto se puede revisar el acta de la audiencia y el audio de la grabación (folios 109 a 111 del expediente físico).

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

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda por parte de los señores PABLO EMILIO RODRIGUEZ, NELSON NEVARDO HERNANDEZ, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y dichas personas naturales correspondiendo por tanto a éstas últimas desvirtuar su existencia. Al

respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701⁶.

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

- Carta de terminación del contrato de trabajo del actor con CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. (fl. 22)
- Reporte de semanas cotizadas en pensión en la AFP PROTECCIÓN donde se evidencian cotizaciones desde agosto del 2008 a enero del 2009 con SERVIUNIDOS C.T.A., de marzo a junio del 2009 por ISAAC GONZALEZ CONTRERAS, de octubre del 2014 a mayo del 2018 con ASOCIACION DE MINEROS DEL ESPINAL y de mayo del 2018 a octubre del 2018 con CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. (fls. 42 y 43 expediente físico).
- Contrato a término fijo inferior a un año celebrado por el accionante el 1° de enero del 2018 y hasta el 30 de noviembre del 2018 con CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. (fl. 66).
- Comprobante de pago de prima de servicios del 21 de julio del 2018 por parte de CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. (fl. 67).
- Liquidación del contrato de trabajo a término fijo (fl. 68).

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvieron los demandados PABLO RODRIGUEZ y NELSON HERNANDEZ (*Audiencia del 27 de agosto del 2021, Cd. fl. 111, Record: 37:12 y 42:35*) comentando que, si bien conocen al demandante aducen no haber tenido contrato de trabajo ni cualquier otro vínculo contractual con este.

⁶ “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

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

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial la siguiente:

LUIS EDUARDO⁷ y JORGE ISAAC GONZALEZ⁸, hijos del demandante afirmaron que su papá trabajo en la mina el Chuscal, el primero adujo que desde el 15 de noviembre del 2003 sin referir el porqué de su dicho, el segundo indicó que fue desde el año 1999 y lo sabe ya que recuerda muy bien que era él quien le llevaba el almuerzo a su padre todos los días desde esa data, aduciendo ambos deponentes que dicha mina era de propiedad de los señores Pablo Emilio Rodríguez y Nelson Hernández, pues ellos eran los que mandaban allí.

Luis Eduardo manifestó que trabajó en dicha mina del 2005 al 2006 (sin recordar fechas exactas), asegurando la Mina el Chuscal cambio de razón social y ahora se llama Carboneras el Fraile por lo que siempre han sido lo mismo, afirmando las personas naturales referidas fueron las que le dieron los elementos de trabajó tanto a él como al papá.

Jorge Isaac señaló haber trabajado en la mina el Chuscal tan solo por 4 meses en el año 2013, sin embargo, sostiene los señores Pablo y Nelson eran los “patrones” pues le dieron a él sus herramientas de trabajo, comentó que no había un horario fijo en la mina, sino que se ganaba por producción y por toneladas, dependiendo cuantas toneladas sacaba cada persona se les pagaba quincenalmente, reiterando Pablo y Nelson eran los mineros del Chuscal y por ende los empleadores de su progenitor.

JOSE SAUL ARANGO TRIANA⁹, de profesión minero afirmó haber sido compañero de trabajo del demandante en la mina el Chuscal en el año 2015, no recuerda muy bien hasta cundo estuvo vinculado el accionante allí, cree que fue hasta el 2018, si bien expresa que el “patrón” de la mina era Pablo Emilio señala desconocer si éste le daba órdenes al actor, respecto de Nelson Hernández expreso no saber si el demandante tuvo vinculo de algún tipo con éste, finalmente refirió que no sabe quién es el dueño de la mina el Chuscal.

⁷ Cd. fl. 111, record: 50:16

⁸ Cd. fl. 111, record: 1:43:42

⁹ Cd. fl. 111, record: 2:17:34

JOSE FRANCISCO BARRANTES RIAÑO¹⁰, conoce al demandante porque lo ha visto en el sector donde el deponente labora, al igual que a Pablo Emilio y Nelson; no obstante, no sabe qué relación tienen estas dos personas con la mina el Chuscal, tiene entendido que Isaac González si tuvo un vínculo con ellos, pero no le consta. Manifestó que el sector de la Laguneta pertenece a Carboneras el Fraile y cree que el Chuscal es lo mismo, pero no lo sabe con seguridad.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, contrario a lo sostenido en primera instancia, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de las personas naturales demandadas NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ ni en los extremos aducidos en la demanda ni en época diferente, pues no se aportó ningún medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo, esto es, la existencia de un único contrato de trabajo desde el 31 de octubre del año 2003.

Nótese que los testimonios de los hijos dada su familiaridad se analizaron con mayor rigurosidad, encontrando la Sala que sus versiones fueron contradictorias en punto a la fecha en que afirmaron el demandante ingreso a laboral al servicio de la mina el Chuscal, aunado a que a Luis Eduardo tan solo le consta de ese vínculo del 2005 al 2006 y respecto de Jorge Isaac 4 meses en el año 2013, advirtiéndose un ánimo de favorecer a su progenitor, pues sus declaraciones no fueron espontáneas y en muchas de sus respuestas no indicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus afirmaciones.

Respecto de la restante testimonial, de los mismos no se puede extraer que el demandante en efecto prestara sus servicios para los señores NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, pues por ejemplo el señor Arango Triana si bien refirió que el actor trabajo en la mina del Chuscal desconoce bajo cuales ordenamientos desarrolló su labor, esto es, no tiene certeza quien era su empleador, lo mismo sucede con el testigo Barrantes Riaño quien expresó no saber la relación que tienen dichas personas

¹⁰Cd. fl. 111, record: 2:49:20

con la mina el Chuscal y mucho menos refirió haber visto al accionante prestar sus servicios en tal mina.

En este orden de ideas y solo en gracia de la discusión de darle credibilidad a los hijos del demandante, para establecer que en efecto prestó servicios en la Mina el Chuscal, debe advertir esta Corporación aun cuando tales deponentes afirmaran que las citadas personas naturales son los dueños de la citada mina, lo cierto es que tales versiones resultan insuficientes i) para probar que el Título Minero estuviera en efecto asignado a esas dos personas y ii) que la mina tuviera algún tipo de relación o conexión con Carboneras el Fraile y por ende tanto las personas naturales como tal sociedad fueran los empleadores del accionante.

De modo que, no se logra evidenciar cual es el nexo entre las personas naturales demandadas y la sociedad Carboneras el Fraile, además que ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio a favor de NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en favor del promotor del litigio, recordándole al demandante conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor los mismos, lo cual no se dio en autos.

Ahora y en relación con las consideraciones de la Juez de primer grado, relacionadas con la existencia de una sustitución patronal, es menester señalar dicha figura se encuentra definida en el artículo 67 del C.S.T., el cual prevé: *“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*.

De este modo, no puede concluirse que haya operado la figura de la sustitución patronal dentro del presente asunto, puesto que ni tan siquiera se acreditó la existencia del contrato de trabajo con los señores NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ ni que estos como anteriormente se señaló tuvieran asignado el Título Minero de la Mina el Chuscal, y por ende que transfirieran su actividad a CARBONERAS EL FRAILE S.A.S., ni se probó un traslado a cualquier título entre las mismas, como tampoco que la Mina el Chuscal variara su identidad ni que hubiese sido reemplazada por

CARBONERAS EL FRAILE, en tanto nada de ello se expresa en el certificado de existencia y representación legal de tal sociedad visible en el expediente a folios 72 y 73 del fecha 20 de septiembre del 2019, como tampoco tal situación fue mencionada ni pedida en la demanda por el actor.

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

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

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

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor de los señores NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Así las cosas, el promotor de la Litis debía por lo menos acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24

del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos probar la existencia de una prestación personal del servicio en favor de los citados accionados, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a tales encartados, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a revocar la sentencia apelada frente a la existencia de un único contrato de trabajo, por las razones aquí expuestas.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que se encuentra probada en autos, esto es, la del **1° de enero del 2018 al 30 de noviembre del 2018** con CARBONERAS EL FRAILE S.A.S., precisándose si bien el demandante señala en sus pretensiones como extremo final el 31 de octubre del 2018 lo cierto es que en los hechos de la demanda expresa que su contrato finalizó el 30 de noviembre del 2018 (hechos 1, 3, 9 fls. 8 y 9).

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas¹¹.

¹¹ En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo

En esta dirección y para resolver la apelación de CARBONERAS EL FRAILE respecto de la condena que se impartió por indemnización por despido sin justa causa, se tiene que en efecto como lo refiere el impugnante el aviso de no prorroga si se dio en el término establecido por la ley para este tipo de contratos (Art. 46 C.S.T), pues conforme la misiva que obra a folio 22 y aportada por el propio accionante, se le manifestó desde el 31 de octubre del 2018 que el contrato no se renovarían así:

Cordial saludo ,

Me permito comunicarle que según consta en su contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con iniciación el 1 de Enero y terminación el 30 de Noviembre de 2018; su contrato no será renovado ni prorrogado después de mencionada fecha.

Le agradecemos de antemano su colaboración prestada hasta la fecha.

En los términos de la legislación laboral este aviso se hace con 30 días de anticipación a la fecha de terminación del contrato de trabajo según lo establece el Código Sustantivo de Trabajo.

Razón por la cual en ninguna infracción se incurrió y por ende la condena impuesta de \$13.277.000 habrá de ser revocada.

Ahora en relación con la apelación del demandante por sustracción de materia la Sala no se pronunciará sobre la prescripción de las prestaciones sociales reclamadas desde el año 2003 ni respecto de la solidaridad de las personas naturales accionadas, pues como ya se vio se revocó por parte de ésta Sala la existencia del contrato de trabajo desde el año 2003 que fue declarado por la Juez de primer grado en la parte considerativa de su sentencia, de modo que ningún análisis se puede efectuar frente a tales puntos de impugnación.

contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

En este orden de ideas tan solo queda por resolver la pretensión de indemnización moratoria, para lo cual baste con señalar frente al único contrato aquí acreditado del 1° de enero al 30 de noviembre del 2018, obra la liquidación de prestaciones sociales efectuada por CARBONERAS EL FRAILE S.A.S. (fl. 68), en donde se liquida por ese periodo las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones en suma de \$1.739.287, la cual cuenta con la firma del accionante en señal de aceptación y no fue objeto de tacha alguna, precisándose en la demanda no se señala que dicho valor no haya sido pagado, pues lo pretendido por el promotor del litigio era obtener el pago de prestaciones sociales y vacaciones desde el 11 de octubre del 2003 que como ya se vio no resulto procedente, y en esa medida ninguna mora puede achacársele a ésta accionada, pues se itera la liquidación de prestaciones sociales del único contrato de trabajo aquí probado se efectuó por parte de la sociedad demandada, sin reproche alguno frente a la misma.

CARBONERAS
EL FRAILE

LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

NOMBRE	GONZALEZ CONTRERAS ISAACC
CC	80.295.144
CARGO	MINERO
CAUSA DE LA LIQUIDACIÓN	Terminación del contrato por vencimiento de términos

PERIODO DE LIQUIDACIÓN	
FECHA INICIO DE CONTRATO	2018-01-01
FECHA TERMINACIÓN DE CONTRATO	

SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN	
TOTAL DEVENGADO AÑO	\$13.277.000
IBC 60%	\$7.966.200

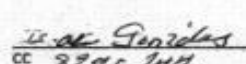
CESANTÍAS	
CESANTÍAS \$	\$663.850

INTERESES A LAS CESANTÍAS	
INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$79.662

COMPENSACIÓN VACACIONES EQUIVALENTES	
VACACIONES \$	\$331.925

PRIMA	
PRIMA JUNIO \$	\$331.925
PRIMA DICIEMBRE \$	\$331.925

RESUMEN DE LIQUIDACIÓN PAGOS:	
CESANTÍAS	\$663.850
INTERESES CESANTÍAS	\$79.662
PRIMA DE SERVICIOS	\$663.850
VACACIONES \$	\$331.925
TOTAL PAGADO	\$1.739.287

Firmo conforme:

CC 80295144

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, revocando de manera parcial el fallo de primer grado, manteniéndose únicamente la condena relacionada con el “El pago de los aportes correspondientes a los ciclos de enero a mayo de 2018, con sujeción al promedio de lo devengado por el accionante en los periodos respectivos, sin perjuicio del

salario mínimo legal vigente” que no fue objeto de apelación por parte de CARBONERAS EL FRAILE S.A.S.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a los demandados NELSON NEVARDO HERNANDEZ MUÑOZ y PABLO EMILIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ de todas las pretensiones incoadas en su contra y a CARBONERAS EL FRAILE S.A.S del pago de la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA y del CALCULO ACTUARIAL del periodo del “15 de noviembre del año 2003 y el mes de octubre del año 2014”, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la condena impuesta a **CARBONERAS EL FRAILE S.A.S.** relacionada con “El pago de los aportes correspondientes a los ciclos de enero a mayo de 2018, con sujeción al promedio de lo devengado por el accionante en los periodos respectivos, sin perjuicio del salario mínimo legal vigente”.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

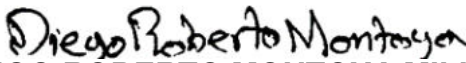
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ELIÉCER
HERNÁNDEZ GUZMÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 39 2021 00069 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 6 de junio de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado 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 el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas **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 29 de julio de los corrientes («01 Video Audiencia.MP4», récord 45:04), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor **JORGE ELIECER HERNANDEZ GUZMAN** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro

*Individual a través de **PORVENIR S.A.** y con efectos a partir del 1° de octubre de 1997 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que el actor jamás se separó del Régimen de Prima Media.*

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obra en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, todos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

*Así mismo, **SE ORDENARÁ** que cuando se vaya a cumplir los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal como lo ordena la Corte Suprema de Justicia, de lo cual hace suyo este Despacho en esta sentencia.*

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del actor al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de **PORVENIR S.A.** para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de 2 millones de pesos, **SE ABSUELVE a COLPENSIONES** de las costas atendiendo las razones ya expuestas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de **COLPENSIONES**».

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, PORVENIR la apeló esgrimiendo que el traslado de régimen pensional del actor fue eficaz y válido, pues no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, toda vez que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 el Código Civil, señalando, el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 244 del CGP y del parágrafo del artículo 54 a del CPTSS, además contiene la exigencia establecida en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es, que la selección de régimen fue efectuada de manera libre voluntaria y sin presiones, lo que significa que no se trata está de una simple adhesión vacía incluida en un formato de afiliación sino en un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume

como una persona capaz para obligarse. En ese sentido, no era viable imponerle cargas distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento en que sucedió la afiliación del demandante, pues ello constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo.

Indicó, al demandante no les dable justificarse en el desconocimiento de la ley del sistema pensional pues el artículo 9 el Código Civil señala que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, principio que establece una presunción legal la cual implica que habiéndose promulgado una ley es conocida por todos los habitantes del territorio colombiano.

Señaló es improcedente la condena por devolución de los dineros por concepto de gastos de administración, como quiera que el traslado de este rubro a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución; en el evento de cambio de régimen los únicos dineros a trasladar son el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como una contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual. Aunado a que esto implicaría el desconocimiento de unos descuentos que estaban habilitados por la ley, en claro desmedro al patrimonio del fondo, vulnerando así el derecho a la igualdad de este y privilegiando de manera injustificada una de las partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por parte de la AFP. Añadiendo, que en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización a financiar por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de pensión de invalidez y sobrevivientes conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al término extintivo de la prescripción.

Frente a la indexación de la devolución de tales sumas, indicó, conforme a lo manifestado por el Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral, con la devolución de los rendimientos financieros, al incluir los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, resulta excluyente la indexación.

Solicitó, que en caso de confirmarse la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante, con las consecuencias anotadas, se aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos financieros que se le generaron al demandante, los cuales pues exceden de los mínimos establecidos en la ley por la buena gestión que tuvo con la administración de tales recursos¹ (Récord 47:06, ibidem).

A su turno 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

¹ «Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir para que o con el fin de que la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá la revoque y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar insiste la suscrita que el traslado de régimen pensional del actor fue eficaz y válido pues no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, toda vez que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 el Código Civil, debe tenerse en cuenta además que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 244 del código general del proceso y del parágrafo del artículo 54 a del código procesal del trabajo, además este contiene la exigencia establecida en el artículo 114 de la ley 100 de 1993 esto es que la selección de régimen fue efectuada de manera libre voluntaria y sin presiones, lo que significa que no se trata está de una simple adhesión vacía incluida en un formato de afiliación sino en un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse, en este orden pues entonces no es viable imponerle a mi representada cargas distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento en que sucedió la afiliación del demandante, pues ello constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que representó ya que para la época en que se celebró el acto jurídico de vinculación no existía exigencia legal alguna de dejar documentada la asesoría suministrada de manera verbal pues el único documento requerido era el formulario de afiliación, es más hasta el año 2014 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y el asentimiento del afiliado al respecto del traslado por cuanto las leyes que se expedieron entre los años 1994 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención del afiliado a pertenecer al régimen de ahorro individual.

Conforme lo anterior reiteró que al demandante no les dable justificarse en el desconocimiento de la ley del sistema pensional pues el artículo 9 el Código Civil señala que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, principio que establece una presunción legal la cual implica que habiéndose promulgado una ley es conocida por todos los habitantes luego por tratarse de un sistema obligatorio a las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual están definidas en su totalidad por la ley debidamente promulgada que además es de alcance nacional y gratuito para todos los habitantes del territorio colombiano.

Ahora frente a la devolución de los dineros por concepto de gastos de administración me permito indicar que esta tal condena no resulta procedente como quiera que el traslado de este rubro a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución contrario a ello, el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 menciona que en el evento de cambio de régimen los únicos dineros a trasladar son el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como una contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual, además ordenar la devolución de tales gastos de administración y otras sumas como los porcentajes por concepto de seguro previsional ya causados, implicaría el desconocimiento de unos descuentos que estaban habilitados por la ley, un claro desmedro al patrimonio del fondo que representó vulnerando así el derecho a la igualdad de este y privilegiando de manera injustificada una de las partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por parte de la AFP.

De igual manera frente a la indexación de tales sumas, la devolución de tales sumas, me permito indicar que conforme a lo manifestado por el Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral en la sentencia con Radicado 25899 3105002 2021 0011101 en donde es demandante la señora Felisa León Poveda, demandadas Porvenir y Colpensiones en una sentencia del 21 de junio ese alto tribunal indicó que la devolución de los rendimientos financieros al ya incluir los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP al ordenar ya esa devolución sería una condena excluyente con la indexación ordenada por el despacho. Sumado a lo anterior pues tampoco debe olvidarse que en el régimen de prima media también se destina un 3% de la cotización a financiar por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de pensión de invalidez y sobrevivientes conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al término extintivo de la prescripción.

Ahora bien señores magistrados en el evento el que se llegase a confirmar la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante y en consecuencia pues la condena de la devolución de tales gastos de administración y las indexaciones a cualquier título, le solicitó de manera muy respetuosa se aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos financieros que se le generaron al demandante, los cuales pues exceden de los mínimos establecidos en la ley por la buena gestión que tuvo mi representada con la administración de tales recursos, en esos términos pues dejó sentado los argumentos del recurso de apelación muchas gracias señora juez».

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 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 pensión² (Récord:5437, 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 del demandante JORGE ELIÉCER HERNÁNDEZ GUZMÁN en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación la demanda (páginas 2 y 3, «02Demanda.pdf» del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 6), aspirando se declare la

² «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, porque si bien es cierto al momento de hacer la declaración de ineficacia pues el traslado 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 y el hoy demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de su del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida 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, el demandante en su interrogatorio al absolver su interrogatorio afirmó de que él había leído dicho formulario, en el formulario tiene expresamente expuesto los mecanismos legales que el afiliado puede tener para dejar sin efecto dicha afiliación como efectivamente son el retracto y la rescisión y no lo hizo, asimismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional que en la sentencia C-242 del año 2009 con magistrado ponente del Dr. Mauricio González Cuervo respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y con el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional adicionado al artículo primero del Acto Legislativo número 1 del 2005 debo reiterar y recalcar que el principio del interés general debe primar sobre el particular, porque con dicha declaración de ineficacia el patrimonio público se va a ver afectado por cuánto tendría que pagarse la pensión que llegaré a percibir la parte demandante y ya que su ahorro fue de manera individual y no financió las pensiones del régimen de prima media su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión, por lo tanto debo solicitar a los magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo de primera instancia y considere que no es procedente dicha declaración, en estos términos dejó presentado mi recurso de apelación muchas gracias».

ineficacia o nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR el 08 de agosto de 1997. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir dichos conceptos. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR S.A., disponiendo a esta última devolver a COLPENSIONES los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados; ordenando que cuando se vaya a cumplir la decisión, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los hitos, el IBC, aportes y demás información relevante. 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.

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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de el demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 28 de septiembre de 1956 (página 18, ibidem), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

ante COLPENSIONES el 23 de septiembre de 2020 (pág. 59 ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado la edad de pensión -tenía 63 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 423,86 semanas laboradas (págs. 108 a 111 «02Contestacion.pdf» carpeta 08ContestacionPorvenir20211029), 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 parte 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 **08 de agosto de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1 de octubre de 1997** (págs. 58 y 60 ibidem) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR 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 CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 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 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 de la 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, radicales 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”.

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 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 al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en

“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.

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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que si bien fue voluntario el traslado, fueron presionados dado que insistentemente les decían que el seguro se iba a acabar, que iba a perder su dinero; le dijeron también que se podía pensionar en cualquier momento, que los ingresos o la pensión iba a ser mejor que en el Seguro, el cual se iba a terminar muy pronto. No recuerda que le hayan hablado sobre la cuenta individual, pues fue una información superficial; no recuerda si le explicaron sobre la posibilidad de heredar los aportes, ni qué pasaría con los aportes que tenía en el ISS; que, si bien no fue presionado a firmar el formulario, no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 60 ib.), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que 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

⁶ Audiencia del 29 de mayo de 2022, récord 12:11

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (08 de agosto de 1997, efectivo el 1º de octubre de 1997) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar

las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el 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.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR 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, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, lo atinente a las comisiones, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliado a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Con lo cual, bajo esta misma premisa, tampoco tiene vocación de prosperar la compensación solicitada por la recurrente PORVENIR S.A.

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

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877 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**».*

Precisando a la recurrente PORVENIR, 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 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 (...)».*

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 CSJ 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).

Igualmente se confirmará la orden de 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.

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

Sobre este aspecto, 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 interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (*Pág. 28 «02Contestacion»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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 CSJ SL2611, 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***

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto de 31 de mayo de 2022 (archivo «12AutoFechaAudContestadocx.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 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 confirmará 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima en los términos allí indicados, **las comisiones**, 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: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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