

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOHANNA CAROLINA CASTELLANOS JIMÉNEZ CONTRA EDIFICIO COMODORO PLAZA, SERVICOL OUTSOURCING S.A.S. Y SOFVAL S.A.S (RAD. 03 2017 00746 02).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 08 de febrero de 2022, en la que se resolvió («004VideoSentenciaPrimeraInstancia.mp4», récord 2:22:37):

*«ARTICULO PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante y la demandada SERVICOL OUTSOURCING SAS, existió un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1º de noviembre del año 2011 y el 30 de abril del año 2016, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*

*ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR que entre la parte demandante y la demandada SOFVAL SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 3 de mayo y el 4 de junio del año 2016, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

*ARTICULO TERCERO: CONDENAR a la demandada SOFVAL SAS a PAGAR a la demandante la suma de \$760.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Igualmente, la suma de \$7.256 por concepto de reajuste del auxilio de cesantías, la suma de \$100 por concepto de reajuste de los intereses sobre las cesantías, la suma de \$7.256 por concepto de reajuste de la prima de servicios. Todos los anteriores valores deberán ser debidamente indexados con base en la certificación que expida el DANE, a partir del día 5 de junio de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.*

*ARTICULO CUARTO: CONDENAR a la demandada SOFVAL SAS, a pagar a la demandante las costas y agencias en derecho, las cuales se tasan en esta misma diligencia*

*en la suma de \$120.000.*

**ARTICULO QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante».

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandante interpuso recurso de apelación respecto a la negativa del pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, en cuanto a la mora en el pago de salarios, horas extras y prestaciones sociales a la actora. Precizando la accionada SOFVAL estando en la obligación, dejó de pagar las horas extras, que si bien fueron reconocidas por el a quo y además aceptadas por la parte demandada, al momento de liquidar sus prestaciones sociales omitieron pagar todo lo adeudado, de modo que, no sólo se le está adeudando salarios, sino prestaciones sociales de todo su tiempo de trabajo y ello conlleva el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria conforme lo establece el artículo 65 del CST, la cual, requiere la existencia de mala fe del empleador

Señaló, que tal como se indicó en la decisión, hubo una confesión por parte del apoderado de la demandada y, si bien con exactitud los testigos, en especial el señor Álvaro Cedeño compañero de trabajo de la señora Johana Castellanos, no indicaron las fechas exactas u horas exactas ocasionadas, los mismos testigos indicaron que la señora Johana Castellanos si laboraba más del turno asignado. Precizando el señor Álvaro Cedeño, indicó en su testimonio que la demandante laboraba de martes a sábado de 07:00 am a 5:00 pm. Además, al revisar el contrato de trabajo a término fijo indefinido, en su cláusula 4ª se estableció que la jornada de trabajo era de medio tiempo, equivalente a 24 horas semanales de 6 a 10 de la mañana. Por tanto, sí hubo unas horas extras que fueron debidamente determinadas por los testigos, en especial por el señor Álvaro Cedeño el cual indicó que la señora Johana le entregaba el turno a las 05:00 de la tarde y que ingresaba a las 7:00 de la mañana. Además, los testigos señalaron que en muchas ocasiones el vigilante o la persona encargada de recibir el turno a la señora Johana Castellanos se demoraba en llegar. En ese sentido, estimó que al no haber otro medio o prueba para demostrar cuál eran las hora extras, debe tenerse en cuenta lo dicho en los testimonios, por tanto, hay lugar a ese reconocimiento. Aunado a ello, a su juicio quedó probado que los domingos la señora Johana Castellanos si tuvo que laborar.

En tal medida, concluyó, hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago del trabajo supletorio que no se pagó y tampoco se tuvo en cuenta

para el pago de las prestaciones sociales, hecho que claramente afectó los derechos de la trabajadora<sup>1</sup> (récord: 2:25:15, ibidem).

De igual modo, el apoderado de la demandada SOFVAL S.A.S., apeló la decisión indicando no hubo una interpretación de las funciones que cumplía la señora Johana Carolina Jiménez en el edificio, donde inicialmente cumplía funciones administrativas, pero cuando llegó a SOFVAL cumplía funciones de recepción simplemente. En cuanto al contrato que alega la parte actora, manifestó hubo un error de caligrafía, pues no se le iba a pagar sólo por cuatro horas un salario mínimo, existió un error en la redacción del contrato con la persona que en su momento lo elaboró, pero ello no quería decir que no se le pagaban las demás horas, pues en realidad se le pagaban las 48 horas que trabaja, conforme al salario mínimo, que era lo devengaba la actora. Añadiendo, era falso que la señora haya trabajado domingos, pues el señor Álvaro era quien le recibía y le entregaba de martes a sábado, porque se le organizó un turno para que ella pudiera atender su familia y no trabajaba los domingos.

---

<sup>1</sup> «Su señoría, la parte actora está conforme con algunos de los apartes de la sentencia dictada por su señoría, sin embargo, me permito interponer recurso apelación en contra de la sentencia, toda vez que, su señoría en primera instancia niega el pago indemnización por no pago de lo adeudado al momento del retiro, conforme lo establece el artículo 65 del código sustantivo de trabajo, esto es, en cuanto a la mora en el pago de salarios, horas extras y prestaciones sociales a la actora. Si bien esta obligación está a cargo de la demandada es obligación de SOLFVAL, empresa demandada, quien fue intermediaria y quién fue la última empresa con la que la demandante firmó contrato y quien dio por terminado el contrato que dejará de pagar, si bien es ella quien dejó de pagar las horas extras, horas extras, que si bien fueron reconocidas por su señoría y que las mismas fueron aceptadas por la parte demandada asimismo el trabajo supletorio por tanto que al momento de liquidar sus prestaciones sociales de la demandante omitieron pagar todos lo adeudado, situación está que genera una contravención con los artículos 159 y siguientes por tanto que las normas que fijan el ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales, además su señoría esta situación termina por llevar a que la actora se le estén ayudando no solo salarios, sino prestaciones sociales de todo su tiempo de trabajo y ello conlleva el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria conforme lo establece el artículo 65.

*Téngase en cuenta también que el reconocimiento de estas sanción requiere la existencia de mala fe del empleador en la falta de pago de los salarios y prestaciones y como bien lo indicó su señoría si bien hubo una confesión por parte del apoderado de la demandada o por la misma demandada por tener el mismo representante legal, asimismo su señoría, si bien con exactitud los testigos en especial el señor Álvaro Cedeño no indicaron las fechas exactas o horas exactas, perdón, en cuanto a las horas extras ocasionadas, los mismos testigos indicaron que la señora Johana Castellanos si laboraba más del turno asignado, asimismo su señoría hay una situación que no se tuvo en cuenta y es que el mismo testigo Álvaro Cedeño, que era compañero de trabajo de la señora Johana Castellanos indicó en su testimonio que la señora Johana Castellanos laboraba de martes a sábado de 7 de la mañana a 5 pm, su señoría al revisar el contrato de trabajo a término fijo indefinido, como lo indica el contrato aportado por la demandada, en su cláusula cuarta se establece que la jornada de trabajo será de medio tiempo equivalente a 24 horas semanales la hora de 6 a 10 de la mañana, Es decir su señoría que sí hubo unas horas extras las cuales fueron debidamente determinadas por los testigos, en especial por el señor Álvaro Cedeño el cual indicó que la señora Johana le entregaba el turno a las 05:00 de la tarde y que ingresaba a las 7:00 de la mañana.*

*Es por ello su señoría que, si hay lugar a reconocimiento de las horas extras, al pago de la indemnización moratoria por falta de pago porque, además, su señoría no hay lugar o no hay prueba diferente a la testimonial y a las documentales aportadas que pudieran demostrar cuáles eran esas horas extras adicionales al turno pues muy bien lo dijeron los testigos, que en muchas ocasiones el vigilante o la persona encargada de recibir el turno a la señora Johana Castellanos se demoraba en llegar. Es por ello su señoría que encuentra la apoderada de la actora que no hay otro medio o prueba para demostrar cuál eran las hora extras, que hay lugar a ese reconocimiento, cuales fueron con exactitud, pues así lo indicaron los testigos hasta altas horas de la noche se encontraba laborando la señora Johana cuando el turno asignado era de medio tiempo en su último contrato de trabajo, asimismo su señoría que seguidamente probado que los domingos la señora Johana Castellanos si tuvo que elaborar, es por eso su señoría que si hay lugar al reconocimiento de esta indemnización moratoria por falta de pago, porque como se indicó se pudo verificar en la medida que el en que el empleador era consciente del trabajo supletorio pues, así mismo lo indicó el mismo testigo traído al proceso por el demandado, asimismo su señoría, nunca (inaudible) labor, nunca se pagaron estas horas extras, nunca se reliquido estas prestaciones sociales en este salario conforme a estas horas extras que fueron debidamente probadas en el proceso, ni tampoco se tuvo en cuenta como ya lo indiqué para liquidar las prestaciones sociales, luego entonces es claro que la decisión de no pago estuvo fundada en una renuncia ilegítima y que buscaba claramente afectar los derechos de la trabajadora, es decir su señoría que si la parte demandante, demandada, perdón, recibió un beneficio de los derechos de mi representada por lo tanto es procedente su señoría se ordena el pago de la indemnización establecida en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo toda vez que como ya se indicó sí quedó, si bien hubo una confesión por parte del demandado también quedó debidamente probado durante el proceso que se generaron estas horas extras, que hubo un trabajo supletorio, no solo de martes a sábado, sino también los dominicales. Es por ello su señoría que presentó recurso de apelación en cuanto al no reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago y en cuanto a las horas extras su señoría, asimismo que se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo en cuenta las horas extras, muchas gracias su señoría, de esta forma queda expresado, argumentado el recurso de apelación».*

En cuanto al despido, señaló fue por causa justa, dado que las funciones cambiaron, de ahí que se haya dado la terminación en el periodo de prueba, porque no seguía haciendo las mismas funciones que hacía como asistente administrativa de las otras empresas<sup>2</sup> (récord: 2:32:14, 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 JOHANNA CAROLINA CASTELLANOS JIMÉNEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 10 a 12, «001Demanda.pdf»), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 323 a 326, ibidem,** encaminadas principalmente a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el EDIFICIO COMODORO PLAZA, desde el 20 de septiembre de 2008 hasta el 4 de junio de 2016, el cual fue terminado unilateralmente por parte del empleador; en consecuencia se ordene pagar al EDIFICIO COMODORO PLAZA horas extras y trabajo supletorio, la diferencia en la liquidación de prestaciones sociales conforme a las horas extras, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no pago de lo adeudado al momento del retiro, conforme al artículo 65 del CST. **Subsidiariamente,** se declare la relación laboral a término fijo con la demandada SERVICOL OUTSOURCING, en el cargo de auxiliar administrativa en el EDIFICIO COMODORO PLAZA, desde el 4 de noviembre

---

<sup>2</sup> «Buenas tardes señoría. Me permito presentar, incoar también el recurso de apelación, toda vez que, al parecer, no hubo una interpretación de las funciones que cumplía la señora Johana Carolina Jiménez en el edificio. Ella cumplía unas funciones administrativas, pero cuando llegó nuestra empresa, cumplió unas funciones de recepción simplemente, ya no las administrativas, por eso fue que abocamos el periodo de prueba, porque la señora no cumplió con las nuevas funciones, ella no siguió cumpliendo las funciones que venía ejerciendo con las demás empresas y en el edificio. Con nosotros cambiaron las funciones, cambiaron todas las actividades que realizaba.

*En cuanto al contrato que alega mí la parte actora debo manifestarle que hay un error de caligrafía, no la voy a pagar yo a una señora por cuatro horas un salario mínimo. Ahí hubo un error en, de pronto en la redacción del contrato con la persona que en su momento lo elaboró, pero no quiere decir que ella trabajaba cuatro horas y dejamos de pagarle las demás horas. Para eso se evidenció el contrato realidad, las 48 horas que trabaja la señora. Es más, nosotros teníamos el permiso para que la persona pudiera trabajar las 4:00 horas adicionales. Tenía que laborar 240 horas al mes y 240 horas al mes, es el turno correspondiente a 8 horas que era el salario mínimo lo que la señora devengaba.*

*En cuanto al despido por la causa justa, como lo ratificó acá, las funciones cambiaron, ella no hacía las mismas funciones que aplicaba del tiempo atrás, luego de que nosotros cogimos el contrato, porque las funciones cambiaron totalmente. Por eso ella... se le dio la terminación en el periodo de prueba, ella no seguía haciendo las mismas funciones que hacía como asistente administrativa de las otras empresas, cuando nosotros entramos, entramos con 3 personas y las funciones cambiaron totalmente. Totalmente, dieron un vuelco.*

*Es falso que la señora haya trabajado un domingo, porque ahí el testimonio del señor Álvaro, él era él quien le recibía y le entregaba y él le recibió y le entregaba de martes a sábado, nunca existió un domingo trabajado de la señora Johana Carolina Jiménez con nosotros, con SOLFVAL jamás, ni siquiera un festivo, ni un lunes, ni un dominical, porque se le organizó un turno para que ella pudiera atender su familia, su situación. Entonces es falso que haya trabajado los domingos; y en cuanto a la terminación del contrato, lo que se dijo, las funciones cambiaron totalmente, totalmente y se acudió a la (inaudible). En esos términos su señoría yo pues enarbolo mi recurso de apelación, porque siento que no se han tenido en cuenta las situaciones fácticas, como a bien sucedieron. Muchas gracias señoría».*

de 2011 hasta el 30 de abril de 2016; se declare la solidaridad entre SERVICOL OUTSOURCING como empleadora y la beneficiaria de la laborar EDIFICIO COMODORO PLAZA frente a sus derechos laborales, ordenándose el pago de horas extras y trabajo supletorio, la diferencia en la liquidación de prestaciones sociales conforme a las horas extras y la indemnización del artículo 65 del CST. Se reconozca la existencia de una relación laboral a término fijo con SOFVAL SAS, como auxiliar administrativa en el EDIFICIO COMODORO PLAZA, que inició el 4 de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2016; en consecuencia, se les condene solidariamente al pago de horas extras y trabajo supletorio, diferencia en la liquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria del artículo 65 del CST. Todo lo anterior, con la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que entre la demandante y la demandada SERVICOL OUTSOURCING SAS, existió un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2016; de igual forma, se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada SOLFVAL SAS, por el período comprendido entre el 03 de mayo y el 04 de junio de 2016. Se condenó a SOLFVAL SAS a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa, reajuste del auxilio de cesantías, reajuste de los intereses sobre las cesantías, reajuste de la prima de servicios, indexados a la fecha del pago efectivo. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Lo anterior tras considerar, con poca claridad, que no resultaba posible verificar la relación laboral desde el 20 de septiembre de 2008, por cuanto no se vinculó al proceso a la CTA Corporación Laborando Colombia, pues la misma certificó que desde ese tiempo estuvo prestando el servicio como auxiliar administrativo en calidad de asociada, de modo que ese periodo de tiempo fue excluido y lo demás se dedujo con las certificaciones aportadas al plenario. Respecto al pago de horas extra y trabajo suplementario, indicó que desde el escrito de la demanda no se determina con precisión y claridad cuáles fueron las horas extras verdaderamente elaboradas y que al revisar la prueba testimonial no servía para precisar, frente al primer contrato, es decir, hasta el mes de abril del año 2016. cuáles fueron las horas extras laboradas, en qué días o en qué fecha por la demandante en el edificio Comodoro. Que incluso el testimonio de Álvaro Cedeño Palomino señaló un horario completo en las horas del día hasta las 17:00 H de la tarde, situación que era contradictoria incluso con lo confesado en los hechos de la misma demanda, cuando refiere que le cambiaron el

horario, a uno menor de 6 a 10 de la mañana. En ese sentido, concluyó frente al primer periodo contractual declarado, que la falta de precisión frente a las horas extras laboradas y los dominicales y festivos, impedían el cálculo, o hacer presunciones o conjeturas, porque la carga de la prueba se encontraba en cabeza de quien la reclama. Por ende, no había lugar al reajuste reclamado en ese primer periodo.

Frente al último contrato, explicó que la accionada SOFVAL al contestar la demanda, confesó que la demandante trabajaba en promedio 55 horas a la semana, de modo que excedía jornada máxima establecida en 8 horas diarias y 48 horas a la semana, de tal modo, debió reconocer y pagar un total de 7 horas extras semanales, no 24 como lo indica la parte actora, siendo dable reajustar las prestaciones sociales que se canceló del 3 de mayo al 4 de junio del año 2016. Precisando, como tales valores resultaban precarios y obedecían al medio de prueba de confesión, no a la carga de la prueba de la demandante. No había lugar la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, indicó, no se logró establecer la terminación del contrato de trabajo en forma unilateral frente al primer empleador. Luego, frente a la última demandada, esto es, SOFVAL SAS, si bien se invocó como terminación del contrato dentro del periodo de prueba, no resultaba aplicable al caso concreto, en la medida que la demandante ya venía cumpliendo de tiempo atrás las mismas funciones y en el mismo sitio para las cuales la contrató esa demandada. Como consecuencia, no era dable pretender alegar como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el periodo de prueba. Siendo procedente la indemnización solicitada.

Hecho el recuento de los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el 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*).

Previo a resolver, es menester precisar, no son objeto de debate en esta instancia las relaciones laborales declaradas por el juez a quo, de la demandante con la demandada SERVICOL OUTSOURCING SAS, entre el 1° de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2016 y, con SOFVAL SAS, entre el 03 mayo y el 04 de junio de 2016, como quiera que no fueron objeto de alzada por las partes.

En ese sentido, atendiendo el principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si en cada una de dichos contratos se causaron y hay lugar al pago de trabajo suplementario, dominicales y festivos, para determinar si es procedente la reliquidación reclamada, junto con la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CS; de igual modo, si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, respecto a la última contratación.

Ahora bien, en lo que refiere a la procedencia de la inclusión de las horas extras, así como trabajo dominical y festivo, para efectos de liquidar las prestaciones causadas en vigencia de los contratos de trabajo, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador, adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T. , el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

Es importante apuntar, la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018.

Puntualmente, sobre este tópico en sentencia CSJ SL1269-2019, enseñó la Sala de Casación Laboral:

*«Efectivamente, tiene adocinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.*

*En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:*

*No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada».*

En sentencia CSJ SL1149-2020 se indicó:

*«La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo».*

Ahora en lo que respecta al pago de dominicales:

*«Cuando el trabajador alega que trabajó en días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado. Porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa.» (Tribunal Superior del Trabajo, sentencia de septiembre 4/48.)».*

En ese orden de ideas, desde ya se anuncia, para esta Sala de decisión resulta clara la orfandad probatoria respecto del trabajo suplementario, dominical, festivo o nocturno que diera lugar al pago de las condenas reclamadas por la actora, por lo menos en lo que respecta al primer contrato declarado por la primera instancia, precisando las mismas no se pueden acreditar con las minutas de turnos visibles a folios 40 a 47 (páginas 60 a 266, ib.), las cuales, sin perjuicio de relacionarse como copias de los «libro[s] de anotaciones de ingreso y salida del periodo», no permiten establecer con un total grado de certeza, que aquellas hubieran sido elaboradas por el empleador o uno de sus representantes, sin que permita determinar las semanas en las que se prestó servicio en el turno diurno y las que se dio en el nocturno, pues para acceder a lo requerido, debían estar discriminados los días y las horas que eventualmente hubiesen sido asignadas a la demandante para trabajar por fuera de su horario y que efectivamente las hubiere laborado.

Así mismo, los testimonios no resultaban lo suficientemente concisos como para suplir la carencia probatoria, relativa a los turnos en los que efectivamente se prestó servicios y que serían susceptibles de los recargos o incrementos por trabajo suplementario, pues aquellos no informaron con total claridad la jornada en la prestaba servicios la demandante, lo anterior muy a pesar que el señor Álvaro Cedeño, como se indicó en la alzada, indicó que la actora ingresaba a las 07:00 am o que hacía las entregas a las

5:00 pm, tales manifestaciones no resultan suficientes, como se indicó, para establecer de manera puntual las horas adicionales, más aun, cuando este señor no le consta el tiempo laborado con anterioridad al mes de mayo de 2016, que fue, cuando él ingresó a laborar. Respecto a los demás testigos, también se caracterizaron por indicar que sí veían ingresar a laborar a la señora muy temprano, incluso, que laborar hasta tarde, pero tampoco pueden precisar la jornada laboral.

Conforme lo analizado, claro resulta, con ocasión del contrato declarado entre el 1° de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2016, la parte actora no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva causación de horas extras y trabajo suplementario, así como de los dominicales y festivos, falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la demandante, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama «*EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA*».

Ahora bien, en lo que respecta al último contrato declarado entre el 03 de mayo y el 04 de junio de 2016, esgrime la recurrente que se había pactado una jornada de 04 horas, pero que se excedieron, teniendo en cuenta la confesión de la accionada, en torno a que la demandante laboró 55 horas semanales. Sobre el punto, resulta necesario remitirse al contrato de trabajo aportado al plenario (págs. 280 y 281, ib.), el cual, en su cláusula 4ª precisa lo siguiente:

**CLAUSULA CUARTA: JORNADA DE TRABAJO.** El Trabajador se obliga a laborar la jornada MEDIO TIEMPO, equivalente a 24 horas semanales laboradas: De 06:00 a 10:00; salvo estipulación expresa y escrita en contrario, en los turnos y dentro de las horas señalados por El Empleador, pudiendo hacer éste los ajustes o cambios de horario cuando lo estime conveniente. Por el acuerdo expreso o tácito de las partes, podrán repartirse las horas de la jornada ordinaria en la forma prevista en la ley, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso entre las secciones de la jornada no se computan dentro de la misma.

Tal estipulación, indica con suma claridad que las partes de común acuerdo convinieron que la jornada sería de 04 horas diarias, de 06:00 am a 10:00 am, es decir, fue convenida tal y como lo permite artículo 158 del CST, según el cual, «*La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes, o a falta de convenio, la máxima legal*», jornada que, según el recurrente por pasiva no corresponde a la realidad, sino que tal estipulación obedeció a un error de «*caligrafía*», lo cual de entrada no puede ser de recibo, pues no existe medio de prueba alguna en el expediente, orientado a desvirtuar lo allí consignado por las razones esgrimidas por el recurrente, que como

se puede ver, no contiene frases, ambigüedades o cualquier otra circunstancia que de lugar a entender que las partes hayan querido pactar otra cosa, por tanto, contrario a que no es dable concluir como se sugiere por la demandada SOFVAL que la jornada se regía por la máxima legal, hecho que fue el que en todo caso, entendió el juez a quo, pese a no indicarlo expresamente, incluso, no hizo referencia a dicha cláusula contractual.

En ese sentido, contrario a lo concluido en primer grado, al haber estipulación expresa de las partes en torno a la jornada de trabajo, no era dable establecer en aras de calcular el trabajo adicional, la jornada máxima legal. En ese sentido, como en efecto confesó la accionada en la contestación de la demanda (art. 193 del CGP), que la actora laboraba 55 horas a la semana, probándose el trabajo más allá de la jornada ordinaria laboral pactada y por ello resulta clara la causación de trabajo extra semanal de 31 horas, entre el 03 de mayo y el 04 de junio de 2016. Desde luego, deben entenderse en horario ordinario diurno, pues en modo alguno se demostró que hayan sido nocturnas o dominicales y festivas, máxime, cuando la accionada en la contestación a la pretensión y el hecho once de la demanda especificó (pág. 353, ib.):

a) Me opongo este literal toda vez que la trabajadora laboraba 11 horas diarias, 05 cinco días a la semana para un total de 55 horas semanales, para un total 220 horas al mes.

Literal c) el horario de labor era de martes a sábado la trabajadora no laboraba dominicales ni festivos.

Literal d) el horario asignado por la empresa SOFVAL para el turno diurno fue el siguiente: de 06:00 horas a 09:00 horas y de 09:00 horas a 09:30 horas descanso para toma de medias nuevas y pausas activas y de 09:30 horas a 12:30 horas continuaba la jornada y sucesivamente de 12:30 horas a 13:30 horas para la toma de alimentos, continuando así: de 13:30 horas 15:30 horas y de 15:30 horas a 15:45 horas tomaba receso para pausas activas, terminando la jornada a las 17:45 horas para un total de 55 horas trabajadas por semana, total 220 horas al mes, cuando recibía el trabajador de la noche, que si bien es cierto llego en dos o tres oportunidades tarde situación que se tuvo como óbice para dar por terminado el contrato laboral, con esta persona de relevo.

De este modo, en sentir de la Sala no resulta admisible lo indicado en la alzada por parte del apoderado de SOFVAL, al indicar de modo contradictorio, que la jornada laboral de la actora correspondía a la máxima legal de 48 horas semanales, incluso, bajo esa misma óptica también se generaron horas adicionales. De este modo se hace procedente el pago de las horas adicionales, precisándose, las horas trabajadas por fuera de la jornada máxima laboral se remuneraran como trabajo suplementario (artículo 159) y se pagan con un recargo del 25 % si es diurna, como es el caso que nos ocupa (num. 2°, art. 168 CST).

En esa medida con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se procedió a realizar el respectivo cálculo en aras de cuantificar las horas extras y proceder al reajuste del salario y las prestaciones ordenadas reajustar en primer grado, obteniéndose las siguientes sumas superiores, lo que implica modificar la decisión de primera instancia:

<b>Tabla Datos Generales de la Liquidación</b>			
<i>Extremos Laborales</i>		Desde :	3-may 2016
		Hasta:	4-jun 2016
<b>Salario mensual</b>	<b>Salario diario/30 días</b>	<b>Salario x hora/4 horas</b>	<b>Recargo hora (0,25%)</b>
\$ 760.000,00	\$ 25.333,33	\$ 6.333,33	\$ 7.916,67
Horas extras x 32 días=138		Total	\$ 1.092.500,00
<b>Tabla Salarial</b>			
<b>Año</b>	<b>Salario Mensual</b>	<b>138 Horas</b>	<b>Total Salario</b>
2016	\$ 760.000,00	\$ 1.092.500,00	\$ 1.852.500,00

<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>	Desde	3/05/2016	Hasta	4/06/2016
	<b>Salario fijo mensual:</b>		\$ 760.000,00	
	<b>Factor Variable</b>		\$ 1.092.500,00	
	<b>Salario diario:</b>		\$ 61.750,00	
	<b>Días trabajados:</b>		32	
<i>Cesantías</i>	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 164.666,67	
	360			
<i>Intereses sobre cesantías</i>	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 1.756,44	
	360			
<i>Prima de servicios</i>	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 164.666,67	
	360			

<b>Tabla Liquidación Diferencia Prestaciones Sociales</b>			
<b>Año</b>	<b>Cesantías</b>	<b>Intereses sobre cesantías</b>	<b>Prima de servicios</b>
2.016	\$ 164.666,67	\$ 1.756,44	\$ 164.666,67
<i>Liquidación Demandada</i>	-\$ 76.789,00	-\$ 845,00	-\$ 76.789,00
<b>Diferencias</b>	<b>\$ 87.877,67</b>	<b>\$ 911,44</b>	<b>\$ 87.877,67</b>

<b>Tabla Liquidación Crédito</b>	
<i>Auxilio Cesantías</i>	\$ 87.877,67
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	\$ 911,44
<i>Prima de Servicios</i>	\$ 87.877,67
<b>Total Liquidación</b>	<b>\$ 176.666,78</b>

Frente a lo anterior, conviene precisar que si bien en la liquidación final de prestaciones sociales efectuada por la demandada se incluyó el auxilio de transporte, en este caso no fue incluida por la Sala en la medida que se superó el monto dos salarios mínimos legales mensuales vigente, de modo que en principio, habría lugar a restar o compensar el valor que corresponda con ocasión del auxilio de transporte, sin embargo, como la accionada no propuso la excepción de compensación, que como es bien sabido, debe alegarse y plantearse por la parte interesada, no puede por tanto el

sentenciador declararla de forma oficiosa (art. 282 CGP), debiendo ordenarse el pago de los valores arrojados en esta instancia en su totalidad.

Ahora bien, en lo que toca al pago de **la indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., 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).*

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta omisiva por el patrono con el fin de dilucidar si existió o no buena fe.

Conforme a lo anterior, en el sub examine, la demandada no aludió a circunstancia alguna que explicara su actuación, esto es, hacerla laborar 11 horas diarias (como así lo confiesa SOFVAL), sobrepasando la jornada pactada, incluso, la máxima laboral, sin reconocer y pagar la respectiva sobrerremuneración, esfuma cualquier obrar con rectitud y honestidad, lo que, contrario a lo concluido en primera instancia, no se aviene a una conducta provista de buena fe y por tanto, se revocará este puntual aspecto de la sentencia, habiendo lugar a la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

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 junio de 2016 hasta por 24 meses teniendo en cuenta que el salario devengado resultó superior al mínimo legal en los términos del párrafo 2 de la citada disposición (CSJ SL649-2018), además, la demanda se interpuso dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo; de modo que a partir del mes 25 y hasta cuando el pago de las prestaciones debidas se verifique, se pagan intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, es fácil advertir que procede la indemnización de un día de salario, correspondiente a \$61.750 diarios, que resulta del salario del año 2016, \$760.000, más la proporción de horas extras, \$1.092.500, equivale a \$1.852.500, lo que se traduce en una condena a la demandada, entre el 04 de junio de 2016 y el 04 de junio de 2018, de **\$44.460.000** así:

$$\$1.852.500 / 30 = \$61.750 \times 720 \text{ días (24 meses)} = \$44.460.000$$

A partir del mes 25 -05 de junio de 2018-, deberá cancelar la parte demandada a la señora JOHANNA CAROLINA CASTELLANOS JIMÉNEZ 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. Se revoca en consecuencia la indexación dada en primera instancia.

En cuanto a la **indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa**, baste con señalar, el contrato celebrado con la señora demandante finalizó el 4 de junio de 2016, lo cual se acreditó con la comunicación de esa misma fecha (pág. 370), donde la accionada SOFVAL le indicó haber «*decidido dar por terminado su contrato de trabajo en periodo de prueba, como reza en el artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo*».

Para resolver este punto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 76 del CST establece que periodo de prueba tiene por objeto que el empleador aprecie las aptitudes del trabajador, y que el trabajador evalúe la conveniencia de las condiciones del trabajo.

Dicho periodo debe ser estipulado por escrito, no puede exceder de dos meses y en los contratos de trabajo a término fijo cuya duración sea inferior a un (1) año el período de prueba no puede ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda exceder de dos meses.

En el caso en estudio las partes suscribieron un contrato a término indefinido (pág. 361, ib.), para que la demandante desempeñara el cargo de «RECEPCIONISTA TODERO (A)» y, en la cláusula quinta pactaron: «Los primeros dos meses del presente contrato se consideran como período de prueba y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho período, sin que se cause el pago de indemnización alguna».

De lo relacionado es claro que las partes dieron cumplimiento a lo reglado por la norma sustantiva laboral en lo que respecto a los requisitos que deben tenerse en cuenta para el establecimiento del periodo de prueba, pues se estipuló por escrito y no sobrepaso el mínimo de dos meses.

Ahora en cuanto a la terminación del contrato de trabajo en periodo de prueba, advierte esta sala que el empleador podía hacer uso de la facultad establecida en el artículo 80 del C.S.T., como efectivamente lo hizo, sin motivación alguna conforme así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4103 del 5 de septiembre del 2018 al señalar que «la motivación de la decisión con base en el desempeño y aptitudes del trabajador» es un «requisito no previsto por el legislador para dar por terminado el contrato laboral en período de prueba»<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> «Esta Sala de la Corte ha sostenido que las partes, inmersas en la relación laboral, están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. En providencia CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, se expresó:

*Enseña el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo y que tiene por objeto que tanto el patrono como el empleado puedan cerciorarse de las recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído. El artículo 77 exige que este período se pacte por escrito. Y el artículo 3° del Decreto Legislativo 617 de 1954, que modificó el 80 del Código, estatuye que durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo.*

*Ello significa que si en un contrato de trabajo se estipula de modo regular el período de prueba y si no se alega y demuestra que el consentimiento de alguna de las partes, respaldado con su firma en el contrato, está viciado por error, fuerza o dolo, dicho pacto debe tener todas sus consecuencias jurídicas, sin que le sea dable al intérprete de aquellas normas descalificarlo con argumentos o reflexiones que no surjan de su prístino texto, porque al hacerlo viene a quebrantar los preceptos por errónea exégesis. Ejercer el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo que surge del pacto de período de prueba no implica entonces despido injusto del empleado.*

*Quebranta pues la sentencia impugnada los artículos 76 y 80 del Código Sustantivo y, además, aplica en forma indebida el artículo 8° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, como lo asevera el recurrente.*

acogiéndose la Sala en este caso el criterio expuesto por el órgano de cierre al precisar que el empleador, en estos eventos no está obligado a motivar la decisión para desvincular al trabajador, siendo las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocar el período de prueba pactado por escrito, el cual no debe exceder la duración máxima legal y además, en la manifestación de voluntad no debe mediar error fuerza o dolo.

En razón de lo anterior y teniendo en cuenta que SOFVAL estaba facultada legalmente para finiquitar el vínculo contractual con la demandante durante el periodo de prueba, sin tener que justificar su decisión. De este modo, erró el juez a quo al estimar que no era necesario el periodo de prueba, porque la actora ya venía laborando en el mismo cargo, sin tenerse en cuenta que se trata de un nuevo empleador y no se está reclamando ni declarando unidad contractual, sustitución patronal u otra figura jurídica que implique continuidad laboral o jurídica respecto de ese cargo, de tal modo, al ser una nueva contratación, con un nuevo empleador bien se podía pactar dicha cláusula, con independencia de prestar o no el mismo cargo con anterioridad y con otros empleadores, que en todo caso fue lo que ocurrió. Por tanto, no hay lugar a acceder a la indemnización por despido sin justa causa, debiéndose revocar la sentencia de primer grado en este puntualísimo aspecto.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas, se modificará 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,

---

*De acuerdo con la providencia en cita, las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocando el período de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo. En ese orden, el fallador imprimió una hermenéutica equivocada a las normas que rigen el período de prueba, al señalar que el empleador estaba obligado a motivar la decisión fundada en el desempeño y aptitudes del trabajador en período de prueba. Dicho yerro lo llevó a interpretar erróneamente el artículo 64 del CST, en cuanto tasó unos perjuicios como consecuencia de una conducta que, como se dijo, estaba amparada por el ordenamiento sustantivo."*

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver a la demandada SOFVAL SAS, de las condenas por concepto de indemnización por despido sin justa causa e indexación; y se **MODIFICA** para condenar al pago en favor de la señora JOHANNA CAROLINA CASTELLANOS JIMÉNEZ de las siguientes sumas y conceptos:

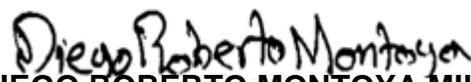
Diferencia Auxilio Cesantías	\$87.877,67
Diferencia Intereses Sobre las Cesantías	\$911
Diferencia Prima de Servicios	\$87.877,67
Indemnización Moratoria art. 65	\$44.460.000

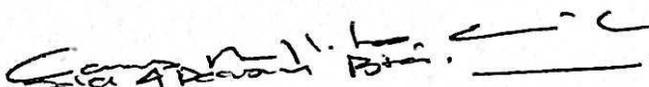
Intereses moratorios a partir del 05 de junio de 2018, liquidados a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique. Todo lo anterior, según lo considerado en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM CELIA SANTOS  
CONTRA LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGRARIO S.A.,  
FIDUAGRARIA VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO  
DE REMANENTES -PAR DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO,  
(RAD. 03 2019 00085 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 06 de julio de 2022 (Exp. Digital: «005VideoSentenciaPrimeraInstancia.pdf», récord: 1:29:16), en la que se resolvió:

**«ARTICULO PRIMERO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada **INEXISTENCIA DEL DERECHO** y **DE LA OBLIGACIÓN** propuesta por la demandada **FIDUAGRARIA S. A. (PAR ISS liquidado)**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia, ABSOLVER A LA DEMANDADA** de las pretensiones encaminadas a la condena de la bonificación por servicios prestados consagrados en el Artículo 100 de la Convención Colectiva de Trabajo y la indemnización ordenada en la Resolución 3473 del 24 de noviembre del año 2014, así como los intereses moratorios y la indexación, todo conforme la parte considerativa de esta providencia.

**ARTICULO TERCERO: CONDENAR** a la demandante al pago de las costas y agencias en derecho, las cuales se tasan en la suma de \$400.000.

**ARTICULO CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte accionante, remítase el expediente a la Sala laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, para que conozca del mismo en el grado jurisdiccional de consulta en

*favor de la parte demandante, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del C.P.T. y SS.».*

Inconforme con la decisión proferida el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, argumentando en primer lugar, la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Seguro Social y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra vigente, pues no existe ninguna situación que implique que la convención colectiva de trabajo se haya extinguido, tal como lo han reafirmado fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Precizando, que dicha convención se aportó al proceso como prueba trasladada del proceso ordinario laboral previo tramitado en ese mismo juzgado en el año 2016.

De otro lado, señaló frente a la oferta del Seguro Social a los trabajadores oficiales mediante la Resolución No. 3473 de 2014, iba dirigido a este tipo de trabajadores en forma individual, pero tal ofrecimiento no se le hizo a la actora, porque la consideraba en esa época empleada pública, por lo tanto, contrario a lo sugerido por el a quo, era imposible que se le hiciera ese ofrecimiento en ese momento, siendo un imposible jurídico y administrativo. Adicionalmente, estos se hacían en forma individual respecto a sus salarios y prestaciones, por lo tanto, tampoco era posible que se hubiera hecho alguna remuneración específica o un valor específico y, la apropiación presupuestal, aseguró, se hace posterior a lo que cuantitativamente se dé en cada caso. Siendo antitécnico lo expuesto por el juzgado en tal sentido.

Finalmente, indicó, la FIDUAGRARIA es sucesora procesal y, por lo tanto, competente para reconocer en este momento la indemnización, pues de lo contrario, ningún trabajador podría tener derecho en ese momento a la indemnización<sup>1</sup> (récord: 1:31:04, ibidem).

---

<sup>1</sup> «Gracias señor Juez, interpongo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en los siguientes términos:

*En primer término, la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Seguro Social y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra vigente, a pesar del criterio esbozado por la parte demandada y por el juzgado. No ha habido ninguna... ordenamiento, ni ninguna situación que implique que la convención colectiva de trabajo se haya extinguido, porque lo han dicho y lo han reafirmado fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.*

*Segundo. En cuanto al aporte de la convención colectiva de trabajo se le solicitó al juzgado tercero que se trasladará esa prueba que tenía desde 2016, o sea, la convención colectiva al proceso que teníamos en curso, por lo tanto, no es verdad lo que dice la demanda que no se aportó la convención colectiva, cuando sí se solicitó al juzgado que se hiciera el traslado correspondiente a dicha prueba.*

*En cuanto a la afirmación hecha por el juzgado de que la oferta del Seguro Social extinto a los trabajadores oficiales mediante la resolución a que nos venimos refiriendo, que fue la Resolución No. 3473 de 2014. Este ofrecimiento iba dirigido a los trabajadores oficiales, en forma individual, pero como yo ya lo afirmé al juzgado, este ofrecimiento no se hizo a mi representada, porque la consideraba en esa época empleada pública, por lo tanto, era imposible como dice el juzgado, que se le hiciera ese ofrecimiento, cuando el Seguro Social la catalogaba como empleada pública. Era un imposible en ese momento, un imposible jurídico y administrativo, por lo tanto, no es verdad ni es relevante lo que afirma el juzgado en este momento, en cuanto a que debía haberse hecho a mi representada cuando, repito, era catalogada publicada pública.*

*Segundo. Esos ofrecimientos se hacían en forma individual respecto a sus salarios, a sus prestaciones, por lo tanto, también es imposible como dice el juzgado, que se hubiera hecho alguna remuneración específica o un gasto específico, o un gasto específico o un valor específico, porque era imposible haberlo hecho, cuando había primero que estudiar los salarios y las prestaciones de cada trabajador oficial, para asimismo, liquidarle su indemnización en cada caso y, la apropiación presupuestal cómo debe saberlos el juzgado, se hace es posterior a lo que cuantitativamente se de en cada caso. Por lo tanto, no estoy de acuerdo en ninguna forma, como acaba de decir el juzgado en forma anti técnica y contraevidente, totalmente.*

*Tercero. La FIDUAGRARIA sí es sucesora del Seguro Social, de acuerdo a la Ley y al acta No. 15 de 2015, hecha o realizada en esa en época, cuando se liquidó el Seguro Social. Sí es sucesora procesal, administrativa de los bienes del Seguro Social y por lo tanto, sí es competente de haber reconocido y de reconocer en este momento a mi poderante, de la indemnización, puesto que, si es así como dice el juzgado y, la tesis*

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 MYRIAM CELIA SANTOS en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 3 y 4 («001ExpedienteScaneado.pdf»), aspirando inicialmente, se declare se condene a FIDUAGRARIA S.A., a reconocer, liquidar y pagar intereses a las cesantías en su condición de Trabajadora Oficial, desde el 1º de septiembre de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el SEGURO SOCIAL, actualmente vigente; la bonificación por servicios prestados por más de 20 años, al retiro de la entidad, en su condición de Trabajadora Oficial de conformidad con el artículo 100 de la Convención Colectiva de Trabajo, la indemnización ordenada en la Resolución No. 3473 del 24 de noviembre de 2014 por la cual se adoptó el Plan de Retiro Consensuado, en su condición de trabajadora oficial, la indexación de las sumas, intereses causados, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. Luego de haberse estudiado en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, la excepción previa de cosa juzgada presentada por la accionada, se declaró parcialmente probada, **subsistiendo únicamente las pretensiones** relativas a la bonificación por servicios prestados consagrados en el Artículo 100 de la Convención Colectiva de Trabajo y la indemnización ordenada en la Resolución 3473 del 24 de noviembre del año 2014 (récord: 17:42, ibidem). **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas por la actora, condenando en costas a esta última, tras considerar el *a quo* inicialmente que la convención colectiva de trabajo perdió vigencia con la extinción de la entidad el 31 de marzo de 2015, pero al margen de lo anterior, al examinar la norma convencional invocada por la demandante como fuente de la pretensión relacionada con la bonificación de retiro, del contenido del artículo 100 de la Convención Colectiva de trabajo, so establece una regla sobre el cómputo de tiempo de servicios para adquirir el derecho a una pensión de jubilación, sin que en el mismo se haya establecido algún tipo de indemnización por el tiempo trabajado como lo indicó**

---

*del juzgado tan curiosa, ningún trabajador podría tener derecho en ese momento a la indemnización, porque no existe la competencia de Fiduagraria, o sea que, de acuerdo a lo dicho, el juzgado está diciendo o está aceptando que Fiduagraria no es sucesora procesal del Seguro Social.*

*Por lo tanto y con fundamento en estos criterios de apoyo al trabajador oficial, que es Myriam Santos Hernández, solicitó que esta apelación se surta en forma de reconocimiento de derechos ante el Tribunal, gracias».*

la demandante en el escrito inaugural de la demanda; aun así fue más allá y verificó que la norma más cercana o parecida era el artículo 103 Convencional, relacionado con una bonificación al momento de jubilarse, sin embargo, este aspecto no podía verificarse en la medida que la prestación pensional por jubilación había sido objeto de estudio en el expediente anterior, donde se concluyó esta no tenía derecho a la misma y por tanto, no tenía derecho a la aludida bonificación.

Respecto al plan de retiro consensuado, consideró que en los términos de la Resolución 3433 de 2014, no era de aplicación automática, toda vez que se encontraba condicionada, la aprobación, apropiación y disponibilidad presupuestal con cargo a los gastos de funcionamiento del Instituto de los Seguros Sociales en liquidación, sin que en el proceso se haya demostrado, que se tuviera la apropiación y disponibilidad presupuestal en esos términos; aunado a ello, en el presente asunto no se logró demostrar que a la demandante se le hubiese hecho específicamente ese ofrecimiento, es decir, se le hubiera remitido en forma individual el ofrecimiento, como tampoco, que la actora hubiere aceptado el mismo, siendo inexistente la decisión individual de la aquí demandante, de aceptar esa propuesta, mucho menos antes del 9 de diciembre del año 2014, fecha final para su aceptación, ni la formalización a través de un acta de conciliación. De igual manera, señalo el a quo, que en dicha Resolución no se estableció ningún tipo de indemnización en favor de los trabajadores oficiales del ISS en forma general, sino, un ofrecimiento de planes de retiro consensuado con base en lo establecido en el artículo 22 del Decreto 2013 de 2012, el cual podía ser realizado por la entidad en cualquier momento, para que de forma libre y voluntaria, los trabajadores decidieran acogerse o no a ese ofrecimiento, concluyendo, la actora no lo recibió, que en todo caso obedeció a la situación particular de cada trabajador, anotando, allí no existía ningún valor estandarizado, porque dependía del tiempo de servicio de cada uno, el salario o antigüedad.

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

En esa medida y en estricto apego a lo sustentado en la alzada, la Sala únicamente estudiará si la demandante tiene derecho, o no, la indemnización ordenada en la Resolución No. 3473 del 24 de noviembre de 2014 por la cual se adoptó el Plan de Retiro Consensuado.

En autos no se encuentra en discusión que la accionante estuvo vinculada al extinto Instituto de Seguros Sociales, desde el 01 de septiembre de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015, como trabajadora oficial desde el 20 de noviembre de 1996 hasta la finalización del vínculo, circunstancia que, además de no haberse discutido en la alzada, también fue definida en el proceso ordinario laboral que la actora promovió contra la demandada, Rad. 11001310500320150066301, que culminó con la sentencia proferida el 26 de octubre de 2016, por este Tribunal (págs. 241-242, «*Expediente.pdf*»).

Pues bien, con relación al plan de retiro consignado en la Resolución No. 3473 del 24 de noviembre de 2014 (págs. 28 a 30, «*001ExpedienteScaneado*»), es de precisar, fue dispuesto desde el artículo 22 del Decreto 2013 de 2012, por el cual se dispuso la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales. Donde se indicó con claridad que el liquidador del ISS quedaba facultado para elaborar y ejecutar un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, con tal finalidad, el liquidador del ISS expidió el aludido acto administrativo, Resolución No.3473 del 24 de noviembre de 2014, mediante la cual reanudó el ofrecimiento de un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales que a la fecha hacían parte de la planta del hoy extinto ISS, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO PRIMERO:** Reanudar el ofrecimiento de un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación que se encuentren vinculados a la fecha. Para la ejecución de dicho plan, se requerirá previamente de apropiación y disponibilidad presupuestal, con cargo a los gastos de funcionamiento del ISS en Liquidación.

**PARAGRAFO PRIMERO:** El ofrecimiento al plan de retiro se hace sin perjuicio del cumplimiento de la Administración, de los derechos constitucionales consagrados en la Sentencia de Unificación SU-377 de 12 de junio de 2014.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** Acorde con lo establecido en el Plan de Retiro Consensuado del ISS en Liquidación, no serán beneficiarios del mencionado plan, los trabajadores oficiales que a la fecha hayan cumplido requisitos para adquirir la condición de pensionado.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Trasladar para conocimiento y fines pertinentes copia del presente acto a través de la Secretaría General, o quien haga sus veces, a la Vicepresidencia Administrativa del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, o quien haga sus veces, quien remitirá los ofrecimientos individuales, en un ejercicio amplio, objetivo y transparente de socialización

**ARTICULO TERCERO:** La decisión de aceptar la propuesta, es individual, libre y voluntaria, y deberá manifestarse a esta administración, por escrito en un plazo máximo, que no supere el nueve (9) de diciembre de la presente anualidad, y, se formalizará con la suscripción de la correspondiente acta de conciliación ante Autoridad Competente

**ARTÍCULO CUARTO:** La presente resolución rige a partir de la fecha de publicación.

Ahora bien, el referido plan incluía el pago de una suma única conciliatoria que corresponde a los siguientes ítems:

- i. El reconocimiento del dos por ciento (2%) sobre la asignación básica vigente como factor para la liquidación definitiva de las prestaciones sociales y del cálculo de las sumas objeto de conciliación.*

ii. Una suma equivalente al 140% del valor de la indemnización convencional vigente a que hubiere lugar, al momento del retiro del servicio.

iii. Una suma equivalente al valor retroactivo de cesantías, durante el término, en que, por aplicación de la Convención Colectiva, se liquidan en forma anualizada.

En ese orden de ideas, conviene revisar la redacción del artículo 22 del Decreto 2013 de 2012, el cual prevé:

*«ARTÍCULO 22. Plan de retiro consensuado. El liquidador podrá elaborar y ejecutar un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto. Para la adopción y ejecución de dicho plan se requerirá previamente de apropiación y disponibilidad presupuestal».*

Del mismo se extrae, **en principio**, que este beneficio estaba dirigido a todos los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, de modo que, al ostentar la demandante la calidad de trabajadora oficial, tenía dentro de sus posibilidades, que el empleador le ofreciera dicho plan que aparejaba la opción de acogerse o no al retiro anticipado y consensuado. Sin embargo, no puede perderse de vista la última parte de la norma en cita, según la cual, la elaboración y ejecución del «*plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto*», **era una potestad con la que contaba el liquidador de la entidad**, pues estaba sujeta no sólo a la «*apropiación y disponibilidad presupuestal*», aparte que, además, de acuerdo con el artículo 21, ibidem, al cronograma de supresión de cargos, existían algunos que, **por la naturaleza de las labores que debían acompañar el proceso de liquidación**, debían seguir siendo desempeñados, lo que no necesariamente ocurre con todo el personal asignado para esa fecha.

Tal entendimiento, fue el que acogió la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1379-2022, donde además de lo anterior, señaló:

*«En ese contexto, para el ofrecimiento del plan de retiro voluntario, la entidad debía atenerse a ciertas condiciones presupuestales y de hecho (necesidad del cargo, lo que también puede incidir en el número de personal asignado al mismo), las cuales permiten colegir, como lo dijo el juez de alzada, que «estuvieron revestidos de una facultad potestativa del ISS empleador», no se traduce en un tratamiento discriminatorio respecto del personal que no se benefició de él, pues en relación con el mismo, como es el caso de la recurrente, existe una situación de hecho objetiva y diferencial, relativa a la continuidad de su vínculo laboral hasta la fecha de extinción de la entidad».*

En ese sentido, el plan de retiro consensuado, fue una facultad dada al liquidador y una vez analizada la disponibilidad presupuestal, podía realizar ese ofrecimiento o no a determinados trabajadores, por tanto, surge como primera conclusión, no es posible

su aplicación automática y obligatoria a todos y cada uno de los trabajadores oficiales, como lo pretende la parte actora, pues esa opción de retiro anticipado, podía tener distintos objetivos o finalidades, entre ellos, que fueran ofertados a los empleados de mayor edad, tendientes a facilitar el proceso de jubilación o bien la necesidad de reducir costos en ciertos contextos de menor actividad económica o institucional cómo sería el caso una empresa estatal en vía de extinción y cuando no podía ya efectuar operaciones propias de su objeto social o bien con el fin de alcanzar una renovación dentro de su estructura.

Se itera entonces, no puede predicarse que por el sólo hecho de ser trabajador oficial el liquidador del ISS debía obligatoriamente ofrecer el plan de retiro, pues se tenían que considerar las circunstancias particulares de cada trabajador, incluyendo la necesidad de continuar o no laborando y, al ser consensuado, el trabajador podía optar por no acogerse al mismo y seguir laborando en el cargo respectivo hasta la liquidación definitiva de la entidad que lo fue el día 31 de marzo de 2015, circunstancia que en todo caso fue lo que efectivamente ocurrió en autos.

La Sala de Casación Laboral en casos similares, donde los demandantes tenían la calidad de trabajadores oficiales del ISS y se ofreció el plan de retiro a algunos trabajadores y a otros, solicitándose en cada uno de esos casos la aplicación obligatoria (CSJ SL1690-2022, CSJ SL2472-2022, CSJ SL2535-2022), concluyendo la Alta Corporación frente al ofrecimiento del referido plan, que, no «es posible concluir que se otorgaron los beneficios del plan de retiro voluntario a todos los trabajadores del ISS [...] sólo aquellos servidores que aceptaron la oferta abierta del plan, accedieron a sus beneficios, **previo el cumplimiento de las condiciones allí señaladas**» (CSJ SL3817-2022).

En la citada decisión CSJ SL1690-2022, la Alta Corporación estimó:

*«Ahora, frente al segundo argumento expuesto por la censura, en relación al ofrecimiento que se le hizo a una compañera de trabajo, la Corte encuentra que allí no se reprocha el fundamento esencial del Tribunal para inferir que no había lugar a ofrecerle el plan de retiro voluntario al demandante, consistente, se itera, en que **no existe disposición legal, contractual o proveniente de la misma empleadora que consagre esa obligación, de modo que el ISS era libre en definir a quien le hacía el ofrecimiento**».*

Así las cosas, aunque si bien es cierto, para el momento en que se expidió tal Resolución el ISS consideraba a la demandante como empleada pública (pág. 32, «001ExpedienteScaneado.pdf»), con lo cual, no era posible de tajo que se le hiciera extensible lo dispuesto en ese acto administrativo, no es menos cierto, que por la calidad de trabajadora oficial tampoco es dable concluir que, imperiosa y obligatoriamente, se debía extender a la aquí demandante, como tampoco es dable

establecer indefectiblemente que, para ese momento la actora, en virtud de la consensualidad que este implicaba, hubiere aceptado en ese momento y no hubiese continuado laborando hasta el 31 de marzo de 2015. Adicionalmente, tales ofrecimientos, según se deduce de lo expuesto y como bien lo admite la recurrente, se concebían de forma individual y atendiendo las particularidades de cada trabajador y por supuesto, se requería previamente de apropiación y disponibilidad presupuesta, con lo cual, no le asiste razón a la parte actora en la alzada. Motivos por los cuales, se confirmará la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará en su totalidad 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,

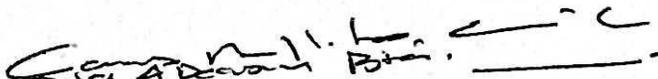
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia de primera instancia, 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA y FÉLIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 03 2019 00456 02).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA, por la parte demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. y en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS, respecto de la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral (3) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero del 2022 (Audiencia virtual, Archivo 7 expediente digital, récord 38:29), en la que se resolvió:

***“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido frente a los 180 días de indemnización, únicamente frente al demandante FÉLIX ANTONIO GONZÁLEZ VARGAS, propuesta por la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.***

***ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, en favor del demandante OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA al pago de la suma de \$3.537.000, por concepto de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá ser indexada a partir del día siguiente al primer despido y hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago, todo de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.***

***ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR al demandante FÉLIX ANTONIO GONZÁLEZ VARGAS en favor de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, al pago de las costas y agencias en derecho por la suma de \$600.000.***

**ARTÍCULO CUARTO: CONDENAR** a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP en favor del demandante OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA, al pago de las costas y agencias en derecho, los cuales se tasan en la suma de \$600.000.

**ARTÍCULO: QUINTO** En virtud a que la sentencia le fue totalmente desfavorable al demandante FÉLIX ANTONIO GONZÁLEZ VARGAS, en caso de no ser apelada por este demandante, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”

Inconforme con la decisión el apoderado de OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA manifiesta su inconformidad única y exclusivamente respecto del monto del salario que se tomó para fijar la sanción de los 180 días, habida cuenta que el despacho tomó el salario del año 2013, aduciendo que ese había sido la fecha de despido, cuando fue despedido en el año 2016, por lo tanto, aduce se tiene que tomar es el salario de esa época que es de \$689.455 y multiplicado por 6 la condena sería de \$4.136.730. (Audiencia virtual, Archivo 7 expediente digital, récord 41:29)<sup>1</sup>

AGUAS DE BOGOTA S.A. recurrió la sentencia de primer grado en lo atinente a la condena impuesta, señalando que la finalización del contrato en el año 2018 obedece a hechos totalmente diferentes a los que surgieron y tienen como fundamento la decisión de carácter constitucional, por lo tanto no se está hablando de los mismos hechos pues hay unas condiciones totalmente diferentes por parte del trabajador, porque existía la condición de que la terminación del contrato se daba a la finalización de la obra, una vez terminado el contrato interadministrativo entre Aguas de Bogotá y el Acueducto de Bogotá, considerando para los efectos correspondientes de estos nuevos hechos de terminación contractual y del desarrollo del año 2016 al año 2018 de la condición médica o de salud del señor Cubillos, está demostrado que es totalmente diferente y siendo distintos por lo que no se puede hablar de una estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación ya que existió una causal objetiva del artículo 61 literal D del Código Sustantivo del trabajo, esto es la terminación del contrato interadministrativo que dio por terminada la obra o labor contratada del demandante, no existiendo ninguna discriminación, ni perjuicio por parte de la

---

<sup>1</sup> Interpongo recurso de apelación por ante su superior inmediato el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, única y exclusivamente respecto del monto del salario que tomó usted para fijar la sanción de los 180 días, habida cuenta que el despacho tomó el salario del año 2013, aduciendo que ese había sido la fecha de despido, lo cierto es que el demandado Omar Emilio fue despedido en el año 2016, por lo tanto tiene que tomarse es el salario de esa época que es de \$689.455 y multiplicado por 6 la condena sería de \$4.136.730, gracias señoría.

empresa para dar por terminado el contrato correspondiente, simplemente termino la labor para la cual había sido contratado, lo cual es diferente a lo ocurrido en el año 2016 que obedeció a una situación de carácter disciplinaria.

Reitera que, al existir una condición clara, una condición objetiva para la terminación correspondiente del contrato, debe darse aplicación al artículo 61 del literal D del Código Sustantivo del Trabajo. (Audiencia virtual, Archivo 7 expediente digital, récord 42:15)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Muchas gracias señor juez, dentro de esta instancia me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión que usted profirió parcialmente, es decir frente a la decisión que tomó por el demandante Omar Emilio Cubillos y que condena obviamente a mi defendida al pago de una suma de dinero.

En ese orden de ideas señor Juez, nosotros entendemos que obviamente estamos frente a una acción de tutela que para la época de que se presentaron esos correspondientes hechos, es decir a para el año 2016, le fue declarada en ese momento la estabilidad laboral reforzada y que obviamente hubo el correspondiente reintegro al respecto, las circunstancias de hecho de las mismas pues están ahí definidas por un tema básicamente disciplinario, pero de todas maneras el Juez constitucional dio en ese momento esa determinación, ahora bien el tema también en cuestión está es hace tránsito a cosa juzgada esa decisión correspondiente sobre una condición que con el transcurrir del tiempo mejora a través de los documentales también que aparece en donde Mapfre y obviamente dentro de la condición que tiene el trabajador, ha venido desarrollando dentro de la actividad o de la que venía desarrollando la actividad correspondiente en Aguas de Bogotá, teniendo las recomendaciones correspondientemente médicas al respecto y cuando se da por terminado el contrato por obra o labor contratada en el año 2018, obedecen a hechos totalmente diferentes a los que surgieron precisamente y tienen como fundamento la decisión de carácter constitucional, por lo tanto no estamos hablando de los mismos hechos y teniendo unas condiciones totalmente diferentes por parte del trabajador, situación que aquí también quedó esclarecida en la documental presentada, situación que obedece a que firma un contrato por obra o labor contratada en dónde está fenece al momento de la terminación de esa obra o labor contratada y que no solamente es de él, sino de todos los trabajadores que estaban vinculados al proyecto aseo dentro del contrato interadministrativo para abreviarlo 080019809 del año 2012, en ese entendido señor Juez al momento de la terminación del contrato, porque existía la condición de que la terminación del contrato se daba a la terminación de la obra, una vez terminado el contrato interadministrativo al respecto entre Aguas de Bogotá y el acueducto de Bogotá, obviamente también fenecía de acuerdo a la cláusula segunda del contrato firmado por las partes y así consentido, perecía la obra o labor contratada y por lo tanto para los efectos correspondientes de estos nuevos hechos de terminación contractual y del desarrollo del año 2016 al año 2018 de la condición médica o de salud del señor Cubillos, pues obviamente ahí está demostrado que es totalmente diferente y siendo distintos, no estamos hablando de una estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación, por lo menos al criterio de este profesional del derecho, pero más por el hecho mismo de que existió una causal objetiva del artículo 61 literal D del Código Sustantivo del trabajo, es decir que fenece el contrato y que incluso en la aplicación del artículo 26 de la Ley 331 del año 97, es claro que tenga que haberse terminado esta vinculación, en razón de una condición, de teniendo una condición de discapacidad haya sido despedido o terminado su contrato por esa correspondiente razón, situación que no es el caso que nos ocupa acá, sino básicamente la terminación del contrato interadministrativo que dio por terminada la obra o labor contratada, aquí no existe ninguna discriminación, no existe ningún prejuicio por parte de la empresa para dar por terminado el contrato correspondiente, simplemente que feneció la labor para la cual había sido contratado, lo cual para el caso son hechos totalmente diferentes a los tomados en cuenta para el año 2016, ya que en el momento en que se terminó el contrato del señor Cubillos dentro de los hechos de la misma acción de tutela, obedecía por una situación de carácter disciplinaria al momento en que el señor pues de acuerdo como están en esas consideraciones y hechos de la propia tutela en primera y segunda instancia, básicamente era por una modificación, falsificación, etcétera. De un documento que acreditaba presuntamente una incapacidad de carácter laboral.

En ese orden de ideas señor juez, sin existir este correspondiente prejuicio, existiendo una condición clara, una condición objetiva pues de la terminación correspondiente del contrato, debe darse aplicación al artículo 61 del literal D del Código Sustantivo del Trabajo y teniendo en cuenta que son hechos totalmente diferentes y en circunstancias diferentes y entre tiempo modo y lugar de lo que sucedió en la correspondiente tutela, por tal razón es que entonces teniendo todos los elementos probatorios de carácter ya documental en este

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, señores OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA y FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda páginas 24 y 25 (Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en la página 24 ibidem, encaminadas únicamente a obtener la indemnización equivalente a 180 días de salario conforme a lo estipulado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con las costas del proceso. OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA obtuvo sentencia favorable, pues se condeno al pago de la indemnización de los 180 días de salario en virtud del fallo constitucional que ordenó su reintegro de manera definitiva por estabilidad laboral reforzada, expresando el Juez *a quo* que ello constituía cosa juzgada constitucional y por ende ningún pronunciamiento se podía efectuar, por su parte el señor FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS obtuvo sentencia desfavorable a su aspiración, pues se absolvió a la demandada de la sanción solicitada tras establecer el Juez de primer grado que si bien fue reintegrado por una orden de tutela, ello fue en virtud de la estabilidad por tener la condición de pre pensionado, procediendo a estudiar la estabilidad por fuero de salud la cual encontró desvirtuada dado que no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar cual era su pérdida de capacidad laboral para la fecha de terminación del contrato que diera lugar a establecer la procedencia de la cita indemnización.**

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

---

proceso, ya que no se dio los testimonios de otras cosas y desafortunadamente el anterior colega mío no solicitó los interrogatorios de parte, pero teniendo eso y asumiendo esa condición aún así existiendo esa causal objetiva y existiendo de que no existía el correspondiente prejuicio o por lo menos no está demostrado dentro del correspondiente proceso y nosotros hemos demostrado cuál fue la real causa por la que se dio terminado el contrato, es que no creemos que la decisión en este momento dada por su despacho esté dentro de los parámetros fácticos y jurídicos que esta parte por lo menos cree entender dentro del marco de la historia de este expediente y este proceso, por tal razón señor Juez entonces dejó sustentada mi apelación para que usted proceda si así lo estima conveniente remitir el expediente al Tribunal y ustedes señores Magistrados reconozcan entonces las excepciones presentadas por esta parte dentro del correspondiente proceso, muchas gracias señor Juez.

apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), igualmente se estudiará la pretensión del señor FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS en el grado jurisdiccional de consulta.

Así las cosas, procede la Sala a resolver en primer lugar la apelación de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A., aclarando la Sala respecto del señor **OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA** no es objeto de discusión:

- 1) Fue vinculado a través de un contrato a término fijo inferior a un año el 14 de diciembre del 2012, el cual fue objeto de modificación el 14 de diciembre del 2015 cambiándose su denominación a un contrato individual de trabajo por duración de obra o por la naturaleza de la labor contratada (págs. 51 a 58 Archivo 2 expediente digital).
- 2) Se terminó su contrato laboral a partir del 27 de abril del 2016 (págs. 59, 60 y 63 ibidem).
- 3) Mediante orden de tutela del Juzgado 5° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá del 5 de agosto del 2016 fue reintegrado a su cargo a partir del 12 de septiembre del 2016 de manera transitoria (págs. 67 a 87)
- 4) Por fallo del Juzgado 41 Penal del Circuito con Función de Conocimiento se modificó tal decisión en “*el sentido de indicar que el amparo constitucional procede de manera definitiva y no transitoria como se dispuso y que el accionante no debe acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral dentro del lapso señalado a interponer acción alguna por las razones anotadas*” (ver pág., 120 ibidem).
- 5) El 9 de febrero del 2018 “*En razón a la terminación del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012 perteneciente al proyecto aseo, hecho publico y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D. le informo que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero del 2018, se dará por terminado en forma legal, el contrato individual que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada tenemos suscrito con usted*”
- 6) Por decisión del 10 de agosto del 2018 del Juzgado 5° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. fue reintegrado a su

puesto, dada la sanción por desacato impuesta a la demandada (págs. 31 a 44 Archivo 3 expediente digital). El reintegro se efectuó el 16 de agosto del 2018 según acta de cumplimiento de acción de tutela (págs. 133 y 134 archivo 2 expediente digital).

En este orden de ideas, se tiene que el Juez de primer grado baso las consideraciones de su fallo única y exclusivamente en virtud de la primera vez que le fue terminado el contrato laboral a éste demandante en el año 2016, señalando la existencia de la cosa juzgada constitucional, sin que hiciera mención alguna a la fecha del segundo despido -9 de febrero del 2018- ni a las causales del mismo, por ende en virtud del principio de congruencia, no puede la Sala ahora entrar a determinar si es o no procedente la condena impuesta en relación con lo acaecido el 9 de febrero del 2018 como lo hacer ver el apelante, pues se itera la condena devino única y exclusivamente por lo acaecido en el año 2016.

Lo dicho en precedencia, en términos generales, obedece a que debe guardarse fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en la instancia, sin que pueda entonces, entrarse a controvertir, reestudiar o modificar aquellas circunstancias que no fueron discutidos por los interesados; ello por cuanto la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso, para cuyo fin, el legislador se ha valido de instrumentos procesales, dentro de los que se encuentra la fijación del litigio, que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes<sup>3</sup>.

De modo que esta Corporación se encuentra vedada para pronunciarse en los términos en que lo solicita la demandada en la apelación como quiera que las causales de la finalización del vínculo contractual del señor CUBILLOS MOLINA

---

<sup>3</sup> Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016, reiterada sentencia SL 2605 de 2019.

que se dieron el 9 de febrero del 2018 se trata de un tema no tenido en cuenta ni en la fijación del litigio, ni mucho menos mencionado en las consideraciones del Juez a quo.

Conforme lo anterior, no resulta procedente revocar la condena impuesta a la pasiva AGUAS DE BOGOTÁ S.A. pues como bien lo expuso el Juez de primer grado el tema de la estabilidad laboral del demandante ya fue objeto de estudio por el Juez Constitucional configurándose el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, pues conforme se aprecia de la documental aportada se encuentra que el Juzgado 5° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. al resolver el incidente de desacato interpuesto por el señor OMAR CUBILLOS señaló (Archivo 3 exp. digital págs. 31 a 44):

## II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El día cinco (05) de agosto de dos mil dieciséis (2016), el Despacho emitió sentencia en el trámite de tutela instaurada y resolvió:

**PRIMERO:** TUTELAR DE MANERA TRANSITORIA, los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y mínimo vital del señor **OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.183.354, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del fallo.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la empresa **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, por intermedio de su Representante o quien haga sus veces, proceda a restablecer el vínculo contractual con el señor **OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA** (reintegro), bien sea en el cargo que desempeñaba o en otro con igual o mayores beneficios prestacionales, de acuerdo a sus capacidades físicas actuales y las recomendaciones médicas.

**TERCERO:** ORDENAR a la empresa **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** que por intermedio de su Representante Legal o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del fallo, efectúe el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan desde cuando se produjo el despido hasta el reintegro, sin solución de continuidad, aclarando que los pagos por concepto de salud, pensión y riesgos laborales no podrán ser presentados como una nueva afiliación, sino como el pago de cotizaciones atrasadas, dada la ineficacia del despido efectuado.

**CUARTO:** ADVERTIR que esta orden permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad competente utilice para decidir de fondo la acción que instaure el afectado, en los precisos términos del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO: INFORMAR** al señor **OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA**, que debe instaurar la acción ordinaria laboral pertinente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo, so pena de cesar los efectos de la orden de tutela, en tanto el amparo se concede como mecanismo transitorio (artículo 8º Decreto 2591 de 1991).

**SEXTO: ORDENAR** a la empresa **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación del presente fallo, informe al Despacho acerca del cumplimiento de la orden aquí impartida.

**SÉPTIMO: NOTIFICAR** este fallo de acuerdo con los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991. Esta decisión es susceptible de impugnación. Si no fuere impugnado el fallo, remítase el expediente ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De no ser revisado, archívese<sup>1</sup>”.

2. La decisión fue impugnada por la accionada, inconformidad que fue desatada por el **JUZGADO 41 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO** el veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), resolviendo:

“**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales **PRIMERO, CUARTO y QUINTO** del fallo proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, de fecha cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016), en el sentido de indicar que el amparo constitucional procede de manera definitiva y no transitoria como se dispuso y que el accionante no debe acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, dentro del lapso señalado, a interponer acción alguna, por las razones anotadas.

**SEGUNDO:** En los demás, **CONFIRMAR** el fallo objeto de alzada.

**TERCERO:** Ejecutoriado este fallo, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión<sup>2</sup>”.

De este modo, el amparo solicitado en torno a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud conforme a lo acaecido en el año 2016 ya fue analizada y se definió de manera favorable para el actor OMAR CUIBILLOS de manera definitiva lo que genera en efecto el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (inciso 2) pues es una consecuencia directa de dicha estabilidad, iterando dentro del presente litigio no se definió que la citada indemnización se generará en virtud de la finalización del contrato acaecido el 8 de febrero del 2018.

Sobre el tema, ha explicado la Sala de Casación Laboral que «la cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario» (CSJ SL15882-2017); de modo que, si la controversia desarrollada ante la jurisdicción constitucional es resuelta en forma definitiva y de fondo no puede ser revivida por el juez del trabajo, salvo las excepciones contempladas en la ley, entre ellas la acción de

revisión o nulidad (CSJ SL1331-2020). Esto, dado que la coherencia del sistema jurídico implica que tanto el juez constitucional como el legal operan bajo el mismo ordenamiento, así se recordó en la sentencia CSJ SL1911-2022, que trajo a colación lo explicado en la mencionada sentencia CSJ SL 15882-2017:

*«De esta manera, el plano constitucional y el legal no son dos dimensiones ubicadas en espacios paralelos; ambos interactúan en un mismo universo jurídico y, por tanto, no puede aseverarse que las resoluciones inimpugnables y definitivas derivadas de fallos de tutela pueden ser revividas por el juez ordinario, bajo la idea errada de que este actúa en un mundo extraño al imperio de la Constitución.»*

*Ambos jueces –constitucional y ordinario-, se repite, operan en un mismo orden jurídico y, en esa medida, la posibilidad planteada por el recurrente de que la justicia ordinaria pueda modificar lo resuelto con efectos de cosa juzgada por la jurisdicción constitucional, raya con la coherencia normativa que caracteriza los sistemas jurídicos modernos y con los postulados de seguridad jurídica, buena fe y certeza, esenciales para la paz social y la estabilidad de un Estado constitucional de derecho».*

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a resolver la apelación del demandante OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA, quien señala que la liquidación de la indemnización se hizo con el salario del año 2013 cuando debió realizarse con el salario mínimo del año 2016 data del despido, considerando la Sala la razón se encuentra de su lado dado que el Juez de primera instancia en efecto señaló a minuto 27:51 de la audiencia del 22 de febrero del 2022 que tomaba el salario mínimo del año 2013 \$589.500, de esta forma y conforme a la misiva que obra en las página 59, 61 y 63 (Archivo 2 expediente digital), se tiene que la finalización del vínculo fue el 27 de abril del 2016:

Referencia: Terminación Contrato Laboral de Trabajo.

Cordial saludo: señora Sierra.

Por medio de la presente nos permitimos remitir copia del oficio No. GH-400-2016-1395 del 21 de abril de 2016, por medio del cual se notifica la terminación del contrato laboral de acuerdo a los hechos descritos en el oficio anexo, a partir del 27 de abril de 2016, previa verificación por la Coordinación de Nomina.

Razón por la cual y teniendo en cuenta el SMMLV de ese año \$689.454 la indemnización corresponde a **\$4.136.730** ( $\$689.454 / 30 \text{ días} = \$22.982 \times 180 \text{ días}$ ), modificándose la condena impuesta en la sentencia de primer grado, la cual deberá ser cancelada de manera indexada.

Ahora bien, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor del señor **FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS**, quien también pretende el pago de la indemnización de 180 días de salario en virtud de una estabilidad laboral reforzada.

Lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo bajo 2 modalidades diferentes, aspecto que se constata con la documental aportada al plenario, pues milita en la página 149 (Archivo 2 expediente digital) el contrato de trabajo a término fijo del 14 de diciembre de 2012 al 13 de abril de 2013, suscrito por las partes, de igual forma se aportaron dos prórrogas a dicho contrato para los periodos comprendidos entre el 14 de abril de 2013 a 13 de mayo de 2013 (pág. 151) y del 14 de mayo del 2013 al 13 de junio de 2013 (pág. 152).

Adicionalmente, en la página 153 del mismo archivo 2, se encuentra el contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, con fecha de inicio el 14 de junio de 2013 y el cual finalizó el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en carta de comunicación enviada al demandante (pág. 157), donde se le comunica la imposibilidad de la continuación de la relación laboral por la terminación del Convenio Interadministrativo 1.7-10200-809-2012 y también se aportó la liquidación de prestaciones sociales donde se señala que la fecha de contratación fue el 14 de diciembre del 2012 y de “*retiro*” el 11 de febrero del 2018 (pág. 161).

Igualmente ha de tenerse en cuenta, el señor FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS interpuso acción de tutela en contra de la aquí demandada aduciendo una estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de pre pensionado, cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el cual mediante sentencia del 26 de julio del 2018 (págs. 166 a 173) dispuso ordenar su reintegro:

Por lo expuesto, en el presente caso, se concederá el amparo para proteger los derechos de FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS y se ordenará a la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., el reintegro del mencionado ciudadano al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mayor jerarquía, en la misma ciudad, hasta tanto le sea reconocida su pensión de vejez y haya sido incluido en la nómina de pensionados. Así mismo, deberá cancelar los aportes en salud y pensiones desde la fecha de su desvinculación, esto es desde el 11 de febrero de 2018, hasta la fecha en que sea reintegrado. Lo anterior, en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y seguridad social.

Ahora bien, en cuanto a reconocer prestaciones económicas y compensaciones correspondientes, advierte el Juzgado, que tal planteamiento es improcedente, pues este mecanismo preferencial y sumario, no es el adecuado para conceder tales prestaciones económicas, ya que la acción de tutela no fue diseñada para ese fin, y debido a que, si es del caso, tiene otras herramientas para reclamar esa clase de peticiones. Justamente, respecto de lo anotado la Corte en Sentencia T-407 del 2015 ha sostenido:

"...Esta Corporación ha establecido de manera reiterada que la acción de tutela no procede, por regla general, para reclamar el pago de acreencias laborales. Específicamente, la Corte Constitucional ha considerado que 'corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción ordinaria laboral respectiva, la competencia para ventilar asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo'.

De allí que se precise, que el señor FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS podrá acudir a la Jurisdicción Ordinaria a solicitar el reconocimiento de lo que es pretendido por vía constitucional, ello, debido al precedente ya anotado, sobre la improcedencia del mecanismo de tutela en tratándose de exigir el pago de acreencias laborales.

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud, pues el accionante **FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS** funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", disposición que en su artículo 26, señala: "Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo", conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia –C-531 de 2000- la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización "bajo el supuesto de que (...) **carece de todo efecto jurídico** el despido o la

*terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”* , es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación, sino que aquella resulta *relevante*, esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

*Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.*

(...)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada*, *severa* o *profunda*, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como “i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la

*relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”*

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral;<sup>174</sup> (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo;<sup>175</sup> o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda).<sup>176</sup>”*

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

*“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.”*

*Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que **la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...**” (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador que tenga una disminución suficiente en su salud, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral, excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la situación de salud del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)<sup>4</sup>. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que “*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación*”.

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia y a la cual se hizo alusión al inicio de esta providencia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ le atañe probar que la terminación operó por una justa causa o una causa legal -, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

---

<sup>4</sup> (...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.**”

*Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.*”

En ese orden, se tiene que si bien el señor FELIX ANTONIO GONZALEZ en los hechos de la demanda aduce que debido al accidente de trabajo que sufrió en el año 2015 la ARL le determinó restricciones para trabajar (hechos Nos. 2 y 3 archivo 1 expediente digital), se encuentra en el plenario que el 29 de abril del 2016 se cerró dicho caso por parte de la ARL MAPFRE de la siguiente manera (Archivo 2 pág. 155):

Bogotá D.C., 29 de Abril de 2016

Señor(a):  
FELIX ANTONIO GONZALEZ

ASUNTO: CIERRE DE CASO  
Empresa: AGUAS DE BOGOTA  
CC: 19279228

Cordial Saludo:

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS - ARL informa que después de realizar seguimiento al accidente de trabajo sufrido el día 21/09/2015, por el área de medicina laboral nos permitimos informar que la lesión se encuentra resuelta sin consecuencias derivadas del accidente de trabajo reportado y analizados los requerimientos del cargo desempeñado por usted, puede realizar sus labores habituales sin restricciones.

Por lo tanto damos por terminado el tratamiento establecido por parte de esta Administradora de Riesgos laborales con cierre de caso sin secuelas.

Sin que el expediente obre más pruebas relacionadas con el estado de salud del señor Félix Antonio González desde el año 2016 al 2018 (data de terminación del vínculo laboral) razón por la cual a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (9 de febrero del 2018) éste demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a lo largo del tiempo de las que se pudiera inferir que para el demandante no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reitera *“el fin de la estabilidad laboral reforzada es*

*asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición ...*<sup>5</sup>

Enfatiza la Sala, ninguno de los medios de prueba de los incorporados al plenario acredita que el señor GONZALEZ VARGAS tenía una afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”<sup>6</sup>, ante la inexistencia de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades, recomendaciones, un grado de pérdida de capacidad laboral o afectación psicológico, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras porque como quedó analizado, para ese momento el demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta o en una disminución suficiente en su salud que le impidiera o dificultara desempeñar su trabajo.

Ahora y solo en gracia de la discusión, respecto de la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., en la página 157 del expediente –Archivo 2- obra la comunicación dirigida señor González Vargas el 8 de febrero de 2018, donde se le informa la terminación de la relación contractual a partir del 11 de febrero del 2018 en razón a la culminación de la obra por la expiración del Convenio Interadministrativo número 1.7-10200-809-2012 en los siguientes términos:

*“En razón a la terminación del **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012** perteneciente al **Proyecto Aseo**, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D, le informó que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018, se dará por terminado de forma legal, el contrato que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada que tenemos suscrito por usted”*

En esa dirección conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del “*Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de*

---

<sup>5</sup> SL 12998-2017.

<sup>6</sup> Corte Constitucional T-041 de 2019.

la labor determinada”, suscrito por las partes que es del siguiente tenor (pág. 153 Archivo 2):

*“SEGUNDA: El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. **Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo** No. 1-07-10200-08009-2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A ESP, conforme lo previenen las cláusulas de terminación del citado contrato”* (negritas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (pág. 197 ibídem) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

*“(…) **CLAUSULAS: PRIMERA: OBJETO.-** Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO, esto es hasta el **12 de febrero de 2018** y adicionar su valor en la suma de (\$16.972.317.000) M/TE, para un valor total del contrato de **SEISIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS CUARENTA PESOS (\$635.006.083.440) M/TE. ...(...)**”*

Pues bien, de conformidad con ello, resulta evidente que la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (14/06/2013), en el mismo contrato (pág. 153), se definió, que la actividad para la cual fue contratado era la de conductor y se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que por voluntad expresa de las partes, el contrato de trabajo del actor inicialmente pactado a término fijo mutó el día 14 de junio de 2013 a la modalidad por obra o labor, iterando que desde el inicio de esa vinculación las partes acordaron que la vigencia **estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012**, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad del demandante como conductor se realizará por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, es decir no se demostraron actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación del demandante en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como

ya se indicó se demostró que de forma expresa las partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que en casos como en el de autos donde lo alegado no es una justa causa sino un modo legal de terminación, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 711 del 24 de febrero del 2021 indicó:

*“Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, **sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial**, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.”*  
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

De esta manera, es claro que la terminación del vínculo del señor Félix González, ocurrió **por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal “d”, esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 (*obra para la cual fue contratado el demandante*), el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (págs. 197 y 198 archivo 2) y en ese orden, al tenor de la disposición normativa citada en precedencia, la encartada no requería autorización administrativa para la terminación del contrato, habida cuenta, que no se trata de una decisión unilateral, sino que desde el inicio del vínculo se estableció su duración, esto es por la vigencia de la obra o labor para la cual fue contratada.

En suma, las razones expuestas permiten concluir dentro del presente asunto la finalización del vínculo laboral se produjo fue en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la *“terminación de la obra o labor contratada”* y no en razón de los padecimientos de salud del señor FELIX ANTONIO GONZALEZ VARGAS, que por demás no se probaron y en esa medida, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el

estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida por cuanto se itera la demandada AGUAS DE BOGOTÁ logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva**, recuérdese una de las sentencias aquí citadas SL 1360 del 11 de abril de 2018 cuando expresa: “...**si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera** (...).” y también lo considerado en la SL 711 del 24 de febrero del 2021 cuando indica:

*“En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral...”*

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral del señor González Vargas corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada y el consecuente pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Félix Antonio González Vargas y conforme las motivaciones precedentes, se modificará la sentencia de primera instancia, en cuanto al monto a cancelar al señor Omar Emilio Cubillos Molina, confirmando en lo demás.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

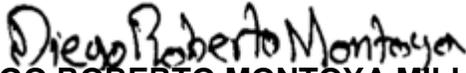
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juez 3° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la

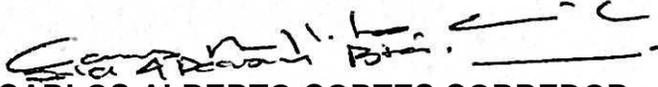
demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP a pagar al señor OMAR EMILIO CUBILLOS MOLINA la suma de **\$4.136.730 debidamente indexada**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás**, el fallo de primera instancia.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA ROCIO DEL  
PILAR BELTRAN MEJIA CONTRA COLPENSIONES y como tercera ad  
excludendum MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ (RAD. 04 2018 00187  
01).**

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

**AUTO**

En el presente asunto, el Magistrado Dr. CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR, integrante de la Sala de decisión, se declaró impedido para conocer del mismo, por estar incurso en la causal prevista en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece:

*Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:*

*(...)*

*2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”.*

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta, que el Magistrado Dr. Carlos Alberto Cortes Corredor, como Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, profirió auto el 8 de mayo del 2018 mediante el cual se inadmitió la demanda dentro del proceso de la referencia y el del 7 de junio del 2018 donde admitió el libelo, resulta evidente que se encuentra configurada la causal invocada por el Magistrado (numeral 2 del artículo 141 del C.G.P.), razón suficiente para aceptar el impedimento referido.

De acuerdo con lo anterior y en atención al contenido del inciso 4º del artículo 140 del C.G.P., se admite el impedimento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**  
Magistrado

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

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 demandante SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA y el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la tercera ad excludendum, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre del 2022 (Exp. Digital: «C02MediosMagneticos», Audio 5 récord: 17:29), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.**

**SEGUNDO: Por el resultado del proceso, el Juzgado se releva del estudio de las excepciones propuestas.**

**TERCERO: CONDENAR en costas a la actora principal Sonia del Rocio Beltrán Mejía a favor de la demandada Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de medio SMLMV.**

**CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión, envíese al Tribunal Superior De Bogotá- Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta.».**

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora SONIA ROCIO del PILAR BELTRAN MEJIA, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, indicando, que como el causante murió ostentando la calidad de pensionado por vejez se cumplió con el presupuesto del literal A del artículo 12 de la Ley 797 del 2013, precisando la accionante cumple con los presupuestos allí establecidos pues tenía más de 30 años de edad a la fecha de fallecimiento del causante y ostentaba la calidad de compañera permanente conforme al acta de conciliación suscrita entre los mismo, lo cual se corrobora con las declaraciones extra juicio aportadas y la prueba testimonial recaudada que dan cuenta de la convivencia continua en los últimos 5 años, esto es, del 12 de octubre del 2012 al 12 de octubre del 2017.

Advierte que si bien existe otra persona quien pretende el mismo derecho también en calidad de compañera, sus manifestaciones en cuanto a la convivencia no tienen sustento fáctico ni probatorio pues no aportó medio de convicción del cual se pudiera dar crédito a la presunta convivencia. (Exp. Digital: «C02MediosMagneticos», Audio 5 récord: 18:07<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> “Gracias señor juez, siendo el momento procesal oportuno interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho para que resuelva la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá teniendo en cuenta que la fecha de fallecimiento del causante José Reiner Gómez fue en octubre 12 del 2017, las normas que rigen el derecho pensional pretendido por mi mandante son los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2013 que modificaron los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el causante murió ostentando la calidad de pensionado por vejez del ISS, conforme consta en la resolución número 001407 del 2000 se cumple con el presupuesto literal A del artículo 12 de la ley 797 del 2013 para que este derecho tenga vocación de sustitución a sus posibles beneficiarios, es evidente que mi mandante la Sra. Sonia Beltrán es beneficiaria en forma vitalicia de la sustitución pensional generada por el fallecimiento del señor José Reinel Gómez, pues cumple con los presupuestos establecidos en el literal A del artículo 13 de la ley 797 del 2013, es decir tenía más de 30 años de edad a la fecha del fallecimiento del causante pues conforme consta a la copia de la cédula de ciudadanía anexa a la demanda, se tiene que en octubre del 2017 tenía más de 52 años de edad igualmente ostenta la calidad de compañera permanente superviviente del causante pues del acta de conciliación suscrita entre los mismos se deduce que convivían de forma interrumpida desde el año 1989 compartiendo techo, lecho y mesa, la misma situación dan cuenta las declaraciones extra juicio, extra juicio aportadas como prueba documental y finalmente se acredita por parte de la actora el requisito de convivencia continua con el causante en los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, es decir en el período comprendido entre el 12 de octubre del 2012 al 12 de octubre del 2017, asimismo se da ese cuenta con la prueba testimonial aportada por la parte demandante donde se acredita la convivencia marital invocada que no fue interrumpida y permanente y pública hasta el fallecimiento del causante del señor José Reiner Gómez.

Se evidencia la existencia de otra persona quien pretende del mismo derecho pensional de mi mandante invocando también la calidad de compañera permanente superviviente del causante, No obstante sus manifestaciones en cuanto a la convivencia no tienen sustento fáctico ni probatorio pues la única compañera reconocida socialmente por el causante como tal era la señora Sonia Beltrán, con quien convivió siempre como pareja prestándole auxilio y socorro mutuo, no pudiendo ser reconocer derecho pensional alguno a una persona con quien no existió una relación o si existió fue de forma clandestina y ocasional adicionalmente la señora María Judy Buitrago no aportó medios de convicción de los cuales se pudiera dar crédito a la presunta convivencia en que administrativamente invocó ante Colpensiones, adicionalmente se aportó copia de la declaración extra juicio de fecha de 20 de septiembre del 2017 ante la notaría quinta del círculo de Ibagué donde el causante José Reiner Gómez manifiesta que no hace vida marital con la señora María Judy Buitrago desde el día 18 de septiembre del 2017, adicionalmente en cuanto a la afiliación en cuanto a la afiliación se cuenta que la señora Sonia sí estuvo afiliada lo que pasa es que pues tuvo varios periodos digamos de afiliación, de desafiliación y más más que todo fue por el tema de los traslados, los testigos en sus declaraciones manifestaron que si los reconocían a esta pareja socialmente, que ellos asistían a los eventos y

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 SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRÁN MEJÍA, las pretensiones que relacionó en la demanda a página 46 del archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a páginas 45 y 46 íbidem, solicitando se declare tiene derecho a la sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA por ostentar la calidad de compañera permanente, en consecuencia se condene al pago del 100% de la pensión a partir del 13 de octubre del 2017 debidamente indexada, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho o en subsidio solicita el reconocimiento de la pensión en el porcentaje que resulte probado de acuerdo al tiempo de convivencia efectiva. La señora MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ tercera *ad excludendum* a través de curador ad litem, solicita se declare le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión en forma vitalicia y en el 100% junto con los reajustes legales, los intereses legales corrientes y moratorios, más la indexación de las mesadas y la sanción por el no pago, igualmente solicita se nieguen las pretensiones de Sonia Rocío del Pilar Beltrán Mejía, el pago de las costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo ambas demandantes sentencia desfavorable a sus aspiraciones** pues se absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas, tras considerar el *a quo* que no se acreditaron los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, para ser beneficiarias de la prestación pensional, toda vez que ninguna acreditó la convivencia con el pensionado fallecido, en los últimos 5 años de vida.**

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA, falleció el **12 de octubre del 2017**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a página 20 (Archivo 1 expediente digital), como tampoco que tenía la calidad de pensionado de COLPENSIONES, según No. 001407 del 2000 expedida por el ISS, desde el 1º de mayo del 2000 en cuantía igual \$499.360 (págs. 12 y 13 Archivo 1 expediente digital).

---

que incluso hasta el último momento la señora Sonia estuvo ahí, por lo expuesto de lo anterior solicito acreditar, se acceda a las pretensiones de la demanda y se concede a mi mandante el derecho pensional invocado de esta manera dejó sustentado el recurso de apelación gracias señor juez.”

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si las señoras SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA y MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ, en calidad de compañeras permanentes supérstites, acreditaron los requisitos previstos en la norma para ser beneficiarias de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante **-12 de octubre del 2017-**, 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, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación entre otras en las sentencias CSJ SL1905-2021, CSJ SL5270-2021 y CSJ SL2820-2021, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la 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».

<sup>2</sup> «ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte<sup>2</sup>; (...)

En la última de las citadas decisiones SL 2820 del 2021, el Alto Tribunal precisó al respecto:

*«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 (...).*

*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 compañera(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». (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde **el fallecido es un pensionado**, se requiere, en el caso de la **compañera permanente** acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que las señoras SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA<sup>3</sup> y MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ superaban los treinta años de edad<sup>4</sup> -52 años y 42 años respectivamente-, en la fecha del fallecimiento del señor JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cujus en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante apelante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante desde el 15 de enero de 1989<sup>5</sup>, fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante y la convivencia requerida, en primer lugar, de la señora SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRÁN MEJÍA, por el lapso exigido en la norma, debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección, se absolvió el interrogatorio de la demandante<sup>6</sup> quien refirió haber convivido con el causante desde enero de 1989 con quien concibió un hijo en el año 1990, expresando el de cujus era Agente de Ventas y por ende viajaba

<sup>3</sup> Nació el 24 de junio de 1965 según copia cedula de ciudadanía (pág. 18 Archivo 1 expediente digital).

<sup>4</sup> Nació el 12 de diciembre de 1974 según Resolución SUB 15787 del 18 de enero de 2018 (pág. 13 Archivo 1 expediente digital).

<sup>5</sup> Hecho 3, página 45 ibidem.

<sup>6</sup>Audio 1 audiencia 18 de julio del 2022 y Audio 4 audiencia 4 de agosto del 2022.

por todo Colombia permanentemente durante 20 días y luego regresaba a la casa donde permanecía durante 8 días, aduciendo no saber la fecha desde cuando estuvo pensionado, enfatizando en que siempre estuvo a su lado hasta la data de su deceso.

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron los siguientes testimonios:

EDNA BELTRAN<sup>7</sup>, hermana de la demandante -Sonia Rocío del Pilar Beltrán Mejía- cuya declaración dada su familiaridad, se analizará con mayor rigurosidad, comento que el de cujus fue su cuñado y que tuvo una relación con su hermana - no sabe desde cuándo- pero refiere que estuvieron juntos hasta el 2017 cuando falleció el señor José Reiner Gómez, adujo que el último lugar de convivencia fue en Marquetalia – Caldas, pero que también vivieron en Bogotá, Bucaramanga e Ibagué, señaló que la relación era normal como esposos y que asistían juntos a diferentes eventos familiares, sin embargo precisó que en los últimos 5 años de vida del de cujus, ella -la testigo- vivía fuera de Colombia, por lo que no le consta como se desarrolló dicha convivencia.

MILENA JAIMES ARIAS<sup>8</sup>, conoció al de cujus y a la señora Sonia Beltrán desde el año 1995 cuando vivieron en Bucaramanga, expresando haber sido vecinos, mientras pernoctaron en dicha ciudad pues afirmó que se fueron a vivir a Ibagué - no señala la data en que ello ocurrió-, precisando que mientras estuvieron en Bucaramanga el fallecido permanecía con la demandante durante 8 o 15 días por cuanto era Agente Viajero, señalo no saber si la convivencia tuvo interrupción, desconoce si vivían juntos al momento de la muerte, cree que sí porque un amigo se lo comentó, aduciendo que la última vez que los visito fue 10 años atrás de su declaración, es decir, en el 2012.

Ahora bien, como pruebas documentales se aportaron:

- Declaración extra proceso de la señora SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA -demandante- quien señaló haber convivido con José Reiner Gómez Zuluaga (q.e.p.d.) desde el año 1989 al 12 de octubre el 2017 de cuya relación se procreo un hijo, manifestando que el

<sup>7</sup>Audiencia 4 de agosto del 2022 Récord 22:23.

<sup>8</sup> Audiencia 4 de agosto del 2022 Récord 38:07.

sostenimiento del hogar estaba a cargo del de cujus quien sufragaba todos los gastos de manutención y subsistencia (Pág. 25 Archivo 1 expediente digital)

- Declaración extra proceso de ESPERANZA PERDOMO REINA y GUSTAVO HERNANDEZ FERNANDEZ del 13 de octubre del 2017 quienes señalaron (pág. 27 ibídem):

**SEGUNDO:** Declaramos bajo la gravedad de juramento:

- Que conocimos de vista, trato y comunicación al señor **JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA**, quien en vida se identifico con la cédula de ciudadanía número **4.448.534** expedida en **MARQUETALIA**, desde hace **TREINTA (30)** y **VEINTIOCHO (28)** años respectivamente.
- Que nos consta que el señor **JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA**, estaba, convivía y hacia vida marital con la señora **SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA**, identificada con la cédula de ciudadanía número **51.779.065** expedida en Bogotá, compartiendo techo, lecho y mesa. Desde el año 1989, hasta el día de su fallecimiento el día 12 de octubre de 2017.
- Que sabemos y nos consta que de la unión se procreó y existe un (01) hijo que responde al nombre **ZAMIR ALEJANDRO GOMEZ BELTRAN**, ya es mayor de edad.
- Que sabemos y nos consta que la señora **SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA** dependía económicamente del señor **JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA** ya que era el la persona encargada de brindarle el sustento y bienestar general.
- Que sabemos y nos consta que aparte de la señora **SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA**, **NO** existen mas personas con igual o mayor derecho a reclamar.
- La presente declaración se rinde a solicitud e insistencia de los interesados para ser utilizada con fines extraprocesales y con destino A QUIEN CORRESPONDA para tramites PERTINENTES.

- Declaración extra proceso del de cujus de fecha 20 de septiembre del 2016 donde indica (pág. 29 ibídem):

**SEGUNDO:** Declaro bajo la gravedad de juramento:

- Que **NO** convivo ni hago vida marital de hecho desde hace **OCHO (08)** Meses hasta el 18 de Septiembre de 2016, ni comparto techo, lecho y mesa con **MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ** identificada con CC. 30.406.046 expedida en Marquetalia.
- Que **MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ** y sus Hijas **ANGELA CHAVICA GONZALEZ BUITRAGO** y **CATERINE YULIETH LOPEZ BUITRAGO**. **NO** dependen económicamente de mí. Solicito sea actualizada la base de datos para que la señora y sus hijas en mencion no aparezcan dentro de mi grupo familiar.
- Que requiere la presente ACTA JURAMENTADA con el fin de presentarla ante la Entidad, A QUIEN CORRESPONDA para trámites PERTINENTES.

- Acta de Conciliación No. 11999 del 14 de mayo del 2015 efectuada ante la Personería de Bogotá D.C. en donde la señora **SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA** y el de cujus **JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA** solicitan se “*declare la Unión Marital de Hecho por convivir como compañeros permanentes desde hace VEINTISEIS AÑOS*” y en la que se resolvió (págs. 37 y 38 ibídem):

**PRIMERA.- DECLARACIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES.-** Los comparecientes: **SONIA DEL ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA**, con C.C. No. 51.779.065 de Bogotá, con Registro Civil de la notaria tercera de Bogotá, nacida el 24 de junio de 1965 en Bogotá y **JOSE REINER GOMEZ ZULUAGA**, con C.C. No. 4.448.534 de Marquetalia, con Registro Civil No.28485917, parte básica 390801, de la Notaria Unica de Marquetalia (Caldas), nacido el 01 de agosto de 1939 en Marquetalia (Caldas), declaran en forma voluntaria y expresamente así lo aceptan con la firma de la presente acta y de acuerdo a lo preceptuado en la Ley 979 de 2005, declaran de manera voluntaria la unión marital de hecho por convivencia como compañeros permanentes durante **VEINTISEIS AÑOS** y lo hacen para todos los efectos legales: **SUBSIDIOS, SERVICIOS DE SALUD, PENSION**, etc.

Así las cosas, conforme lo reseñado una vez analizadas en conjunto las pruebas 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 C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala en primer lugar que los dichos de los testimonios de las señoras EDNA BELTRAN y MILENA JAIMES ARIAS no generan certeza acerca de la convivencia real y efectiva exigida por Ley para el reconocimiento de la prestación pensional a favor de la señora SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA, pues se tratan de testigos de oídas ya que nada les consta sobre los últimos 5 años de vida del causante, la primera porque reside fuera del país y la segunda dado que la última vez que los vio fue en el año 2012, aunado a que nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que la señora Beltrán Mejía y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que siempre los veían juntos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja.

Ahora, de las pruebas documentales, se precisa que la rendida por la propia demandante Sonia Beltran no puede ser tenida en cuenta, pues es claro que nadie puede fabricar su propia prueba, respecto de la segunda rendida por los señores Esperanza Perdomo y Gustavo Hernández de allí no se puede extraer la convivencia aquí exigida pues no se narran las circunstancias del por qué conocen de la convivencia de la señora Sonia Beltran y el de cujus y, en cuanto al acta de conciliación suscrita por dicha pareja en la que indicaron que convivían en unión libre desde el 15 de enero de 1989, con la misma tan solo podría encontrarse acreditada una convivencia, a lo sumo, hasta el 14 de mayo del 2015 -fecha de dicha acta-, desconociendo ésta Corporación lo sucedido desde ese día, no probándose así por tanto la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 14 de mayo del 2015 al 12 de octubre del 2017.

De este modo, no se acredita dentro de este litigio un proyecto de vida en común de la señora Sonia Rocío del Pilar Beltran con el pensionado fallecido del 12 de octubre del 2012 al 12 de octubre del 2015 (5 años antes del deceso del señor José Reiner Gómez Zuluaga) que diera lugar a tomar tal determinación, pues la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y

efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común durante el lapso atrás señalado.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *«aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado»*, precisando la misma Corporación que *«la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común»* **excluyendo de ésta «encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida»**, situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante Sonia Rocío del Pilar Beltrán Mejía pudo haber acompañado al pensionado fallecido por aproximadamente algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida en sus últimos 5 años de existencia.

Mismas conclusiones a las que se llega por parte de esta Sala de Decisión frente a la tercera ad excludendum MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALÉZ quien ninguna prueba aportó al proceso tendiente acreditar dicha convivencia, por el contrario, se encuentra la declaración rendida por el fallecido el 20 de septiembre del 2016 (atrás citada) donde indica que: *“NO convivo ni hago vida marital de hecho desde hacer OCHO (8) Meses hará el 18 de septiembre del 2016, ni comparto techo, lecho y mes con MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ...”*

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia alegada por SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA y MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento (2012-2017), precisándose si bien el de cujus pudo tener una relación sentimental con la demandante SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA no tuvo el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, pues nada de ello se pudo acreditar en autos.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de las promotoras del litigio dirigida acreditar que convivieron con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones son las propias señoras SONIA ROCIO DEL PILAR BELTRAN MEJIA y MARIA JUDITH BUITRAGO GONZALEZ, las cuales quedaron expuestas a lo que Carnelutti llama «EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA», sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la «falta de la prueba».

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la confirmar la sentencia de primera instancia, que llegó a similares conclusiones.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

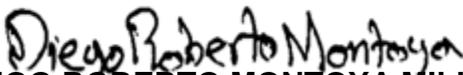
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo expuesto.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

*CON IMPEDIMENTO*

**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALDEMAR ARDILA  
MEZA CONTRA LUIS FELIPE VILLAREAL CADENA, MARIA ALEJANDRA  
BARON y MARIA GABRIELA VILLAREAL CADENA (RAD. 04 2019 00389 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y el demandado LUIS FELIPE VILLAREAL CADENA, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio de 2022 (Audio 3 Archivo “2. 2019-00389 Audios” récord 17:24), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre Aldemar Ardila y Luis Felipe Villareal Cadena se ejecutó un veredero contrato de trabajo con fecha inicial el 11 de septiembre de 2016 y el 30 de julio de 2018 en la finca la Esperanza en el municipio de Granada y del 01 de agosto de 2018 hasta el 31 de enero de 2019 en la finca la promesa del municipio de San Cayetano.

**SEGUNDO: CONDENAR** al demandado Luis Felipe Villareal Cadena al pago de las siguientes acreencias laborales:

1. Cesantías: \$2.412.500
2. Intereses a las cesantías: \$279.875
3. Prima de servicios: \$2.412.500
4. Compensación de las Vacaciones: \$1.206.250
5. Sanción por no Consignación de las Cesantías: \$24.875.00

**TERCERO: CONDENAR** al demandado Luis Felipe Villareal Cadena a pagarle al actor una suma igual al último salario diario esto es \$35.000 pesos diarios por cada día de retardo desde el 01 de febrero de 2019 hasta por 24 meses para un total de \$25.200.000 e intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación

*certificado por la Superintendencia Financiera a partir del mes 25 hasta que el pago se certifique a título de indemnización moratoria.*

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el demandado Luis Felipe Villareal Cadena.

**SEXTO: CONDENAR** en costas al demandado Luis Felipe Villareal Cadena. Fíjense las agencias en derecho por la suma de tres (3) SMLMV.

**SEPTIMO: ABSOLVER** a las demandadas María Alejandra Barón y María Gabriela Villareal Cadena.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas al demandante y a favor María Alejandra Barón y María Gabriela Villareal Cadena. Fíjense las agencias en derecho por la suma de un cuarto de SMLMV a favor de cada una de las demandadas.”

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló únicamente respecto de la condena en costas a él impuestas, señalando que el artículo 154 del código general del proceso establece los efectos del amparo de pobreza, indicando que el amparado no está obligado a prestar caución, ni pagar expensas, honorarios de auxiliar de la justicia u otros gastos de la actuación y no será condenado en costas y como quiera en la sentencia se le condena a pagar unas costas a las demandadas María Gabriela Villarreal y Alejandra Barón solicita se revoque la misma, dado que no debe ser pagado ningún tipo de costas a las demandas teniendo en cuenta los efectos del amparo de pobreza (Audio 3 Archivo “2. 2019-00389 Audios” récord 20:48<sup>1</sup>)

Por su parte la apoderada del demandado Luis Felipe Villareal señala que no se lograron probar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se pudo prestar el servicio por parte del demandante aunado a que en las declaraciones aparecieron otros sujetos de los que se pudiera inferir otro vínculo contractual en relación con la prestación de servicio por parte del señor Aldemar Ardila, en cuanto a la subordinación indica que se trató de un contrato de naturaleza civil por ser una prestación del servicio en el que tenía plena autonomía. Respecto de los extremos laborales señala no se pudieron determinar con certeza que fueran los que la parte demandante adujo en su demanda y en relación con las sanciones a qué se refiere del artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1999 indica que

---

<sup>1</sup> Formulo recurso de apelación a la sentencia señor juez teniendo en cuenta que el artículo 154 del código general del proceso el cual establece los efectos del amparo de pobreza, indica que el amparo de pobreza no está obligado a prestar caución expresada, ni pagar expensas, honorarios de auxiliar de la justicia u otros gastos de la actuación y no será condenado en costas. En ese sentido, el último punto de la sentencia se establece que se deberá pagar unas costas a las demandadas María Gabriela Villarreal y Alejandra Barón en el entendido de que ellas no fueron condenadas dentro de la presente diligencia por lo tanto solicito que se revoque dicha condena, en ese sentido se establece que no debe ser pagado ningún tipo de costas a las demandas teniendo en cuenta los efectos del amparo de pobreza, eso sería toda su señoría.

contrario a lo definido por el Juez, por parte del señor Villarreal si existió buena fe como quiera que siempre tuvo la convicción de que se trató de un contrato de materia civil y en ese orden de ideas no estaba obligado al pago de ninguna prestación social en favor del demandante (Audio 3 Archivo "2. 2019-00389 Audios" récord 23:32<sup>2</sup>)

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante ALDEMAR ARDILA MEZA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 33 a 40 del archivo 2 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 32 a 33 ibidem, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó unilateralmente por el trabajador una vez presentada la carta de renuncia. En consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria y las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo, pero únicamente con el demandado LUIS FELIPE VILLAREAL CADENA, entre el 11 de septiembre del 2016 al 29 de enero del 2019 y se condenó a pagar al demandante las acreencias laborales causadas a su favor. Además, la condenó al pago de la sanción moratoria y la indemnización por no consignación de cesantías. Lo anterior, tras considerar que se encontraba**

---

<sup>2</sup> Respecto de las demandas María Alejandra barón y María Gabriela Villarreal conforme con la decisión y respecto del demandado Luis Felipe Villarreal interpongo recurso de apelación, mi recurso de apelación se sustenta de la siguiente forma: no se logró probar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se pudo prestar el servicio por parte del demandante y tampoco se pudieron determinar extremos temporales del vínculo que existió entre las partes a diferencia de lo que dijo el despacho por si fuera poco aparecieron en las declaraciones otros sujetos de los que se pudiera inferir otro vínculo contractual en relación con la prestación de servicio por parte del señor Aldemar Ardila, en cuanto a la subordinación la parte representada por el señor Luis Felipe Villarreal se pudo determinar que se trató de un contrato de naturaleza civil en el que era una prestación del servicio en el que tenía plena autonomía y precisamente ese contrato que por sus conocimientos específicos acerca de los cultivos de fresa, tan es así que fue un familiar de él mismo quien lo contrato en la etapa inicial del contrato que se discute, en cuanto a los extremos laborales tampoco se pudo determinar con certeza que fueran los que la parte demandante adujo en su demanda y respecto de las sanciones a qué se refiere del artículo 65 a diferencia de lo que dice el señor juez por parte del señor Villarreal existió buena fe como quiera que siempre tuvo la convicción de que se trató de un contrato de materia civil y en ese orden de ideas no estaba obligado al pago de ninguna prestación social en favor del demandante, igual para el tema de artículo 99 de la sanción de las cesantías. En los anteriores términos dejó sentado el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el señor juez.

probada la prestación personal del servicio del actor a favor de dicho convocado 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, absolviendo a las demandadas MARIA ALEJANDRA BARON y MARIA GABRIELA VILLAREAL CADENA por no haberse acreditado por el demandante la prestación personal del servicio en su favor.

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*).

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

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

Así pues, para continuarse con el estudio que se propone ante ésta Corporación, debe advertirse, el Juez a quo encontró acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante y en favor de LUIS FELIPE VILLAREAL CADENA como uno de los elementos esenciales de todo contrato de trabajo; en esa dirección, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del

T. se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí en contienda, correspondiendo por tanto al citado demandado desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>.

De modo que, atendiendo a los argumentos de dicho accionado en su alzada, procede la Sala con el estudio del acervo probatorio vertido autos, a efectos de determinar si se corrobora en la relación vivida entre las partes la mediación de la subordinación en virtud de la presunción citada o si por lo contrario se desvanece, demostrándose que las actividades fueron desarrolladas con total autonomía por parte del accionante.

En esos términos, rindió interrogatorio de parte el demandado LUIS FELIPE VILLAREAL CADENA (Audiencia 3 de mayo de 2022 audio 1, récord: 20:48) quien expreso conocer al demandante por ser el encargado del cultivo de fresa y ganadería que tenía en una finca llamada la ESPERANZA en el municipio de Granada Cundinamarca, como también en la finca la PROMESA donde solo era de ganadería. Adujo que tanto el cultivo de fresa como el tema de ganadería era una sociedad con otra persona, sin embargo, confeso que en efecto el accionante si le prestó sus servicios personales y que por ello le pagaba unos honorarios que oscilaban entre \$800.000 y \$1.000.000, más no le canceló prestaciones sociales porque no tenía un contrato de trabajo, indicó no recordar las fechas y épocas durante las cuales el actor prestó sus servicios pero acepto que fue desde el mes de septiembre del 2016 y hasta febrero del 2019, ante la pregunta realizada por el Juez de primer grado.

También se escuchó la declaración de la testigo LUZ EMILCE SANABRIA MARTÍNEZ (Audiencia 3 de mayo de 2022 audio 2, récord: 1:58) esposa del demandante, quien dada su familiaridad su versión se analiza con mayor rigurosidad. La deponente comentó que su esposo fue el administrador de un

---

<sup>3</sup> «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica – que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

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

cultivo de fresas y del ganado de propiedad del señor Luis Felipe Villareal desde el año 2016 y hasta febrero del 2019 dado que por motivos personales se retiró de manera voluntaria en esa data, expresa que como vivían en la finca donde estaba tanto el cultivo como el ganado le consta que quien contrato a su esposo fue el señor Villareal aunado a que era quien le daba las órdenes.

Por otro lado, se tiene que no se aportaron elementos probatorios documentales relevantes para resolver la controversia.

Así las cosas, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, y teniendo en cuenta que en efecto el actor prestó sus servicios personales al señor LUIS FELIPE VILLAREAL no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar la referida presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma. Pues desde luego, de lo dicho en el interrogatorio de parte por el accionado Luis Felipe Villareal no se cuenta con soporte probatorio, por lo que en criterio de esta Corporación, la autonomía e independencia del actor en la labor que se efectuó en provecho del accionado no está acreditada como se sostiene en la apelación.

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 como fue confesado por el demandando Luis Felipe Villareal en su interrogatorio existen 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, en armonía con lo indicado la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, así:

*«La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de*

*herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)<sup>4</sup>».*

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, el actor era el administrador del cultivo de fresa y de la ganadería del señor Luis Felipe Villarreal, hubo continuidad en el desempeño de esa labor desde el año 2016 y hasta el 2019, de la cual era beneficiario el señor Villareal Cadena; siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales, lo cual como se ha venido indicando no fue desvirtuada y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y el llamado a juicio Luis Felipe Villareal existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probaron los **extremos** de la relación laboral vivida entre las partes, dado que es otro de los puntos objeto de reproche por el recurrente del extremo accionado, señor Villareal Cadena, advirtiéndose en el hecho primero de la demanda la parte actora indica como fecha inicial el 11 de septiembre del 2016 y como fecha final el 15 de febrero del 2019 (pág. 32 Archivo 2 expediente digital). El Juez de primer grado mantuvo la fecha del extremo inicial modificando únicamente el extremo final, teniendo en cuenta la data de la carta de renuncia.

En este orden de ideas, para la Sala se encuentra demostrado que el actor inicio labores en el mes de septiembre del 2016 (pues así lo confesó el demandado Luis

---

<sup>4</sup> En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

*(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y*  
*(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.*

Felipe Villareal a minuto 28:10 de la Audiencia del 3 de mayo del 2022), sin embargo, no hay certeza frente al día inicial, y en ese orden ante la inexistencia de una prueba fehaciente, resulta acertado concluir que el extremo inicial de la relación laboral corresponde al último día del mes en el que se evidenció que el actor prestó sus servicios esto es el **30 de septiembre del 2016** y en ese sentido se modificará la sentencia de primer grado.

Lo anterior, en virtud de la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se halla entre otras en sentencia del 28 de abril de 2009 radicado 33849<sup>5</sup>, la del 6 de marzo de 2012 radicado 42167, SL 905 de 2013 radicado 37865 y SL 3990 de 2020 radicado 73994, en las que se ratifica la postura sentada desde el 22 de marzo de 2006 bajo el radicado 25580, consistente en que:

*“...cuando no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido...”*.

En cuanto al extremo final en efecto corresponde al indicado por el Juez de primer grado **31 de enero del 2019**, pues en la carta de renuncia el actor expuso que se haría efectiva el 1° de febrero de ese año (Archivo 2 expediente digital, pág. 48).

---

<sup>5</sup> Por otra parte, respecto de los extremos temporales de la relación laboral, ha sido criterio de esta Sala que cuando **no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido**, tal como se dejó sentado en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, en la que se sostuvo:

*“(.....) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*

*En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:*

*<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan.>*

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala)*

San Cayetano, Enero 29 de 2019

Señor:  
 FELIPE VILLARREAL  
 Finca LA PROMESA DOS

REF: RENUNCIA

Respetado Señor; Comedidamente me dirijo a usted con el fin de expresar mi deseo de renunciar al cargo que vengo desempeñando como ADMINISTRADOR de su finca, dicha decisión la he tomado por iniciativa propia y corresponde a motivos personales.

La renuncia la hago efectiva a partir del primero (01) de Febrero de Dos Mil Diecinueve (2019).

Es mi oportunidad para agradecerle la oportunidad de trabajo que me dio, y desearle muchos éxitos en su vida cotidiana.

Cordialmente,

ALDEMAR ARDILA MESA  
 C.C.N° 1.016.014.822 de Bogotá

*[Firma manuscrita]*  
 1016014822

Conforme a lo anterior y como quiera que se el extremo inicial de la relación laboral declarada en primera instancia (11 de septiembre del 2016) cambio al 30 de septiembre del 2016, resulta necesario reliquidar las condenas impuestas teniendo como extremos del contrato de trabajo del señor Aldemar Ardila Meza los del **30 de septiembre del 2016 al 31 de enero del 2019**, tomando como salarios los señalados por el *a quo*<sup>6</sup> en las consideraciones de la sentencia puesto que no fueron objeto de apelación. En esa medida se incorpora la liquidación efectuada por el Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, en la cual se incluyó el auxilio de transporte debido a que el demandante devengaba menos de dos SMMLV así:

<b>Tabla Salarial</b>	
<b>Salario Mensual</b>	<b>Aux. Transp.</b>
\$ 900.000,00	\$ 77.700,00
\$ 1.000.000,00	\$ 83.140,00
\$ 1.050.000,00	\$ 88.211,00
\$ 1.050.000,00	\$ 97.032,00

<b>Tabla Liquidación Prestaciones Sociales</b>				
<b>Año</b>	<b>Cesantías</b>	<b>Intereses sobre cesantías</b>	<b>Prima de servicios</b>	<b>Vacaciones</b>
2.016	\$ 247.140,83	\$ 7.496,61	\$ 247.140,83	\$ 113.750,00
2.017	\$ 1.083.140,00	\$ 129.976,80	\$ 1.083.140,00	\$ 500.000,00
2.018	\$ 1.138.211,00	\$ 136.585,32	\$ 1.138.211,00	\$ 525.000,00
2.019	\$ 95.586,00	\$ 955,86	\$ 95.586,00	\$ 43.750,00
<b>Totales</b>	<b>\$ 2.564.077,83</b>	<b>\$ 275.014,59</b>	<b>\$ 2.564.077,83</b>	<b>\$ 1.182.500,00</b>

<sup>6</sup> 2016 \$900.000, 2017 \$1.000.000, 2018 \$1.050.000 y 2019 \$1.050.000

En esta dirección se modificará la condena únicamente respecto de los intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, pues resultan ser inferiores a los obtenidos por el Juez de primer grado que correspondieron a \$279.875 y \$1.206.250 respectivamente, manteniendo incólume la condena por cesantías y prima de servicios por cuanto en esta instancia arrojó una cifra superior a la de primera instancia y por ende no se puede hacer más gravosa la situación del apelante.

Por otro lado, en cuanto a la Indemnización del artículo 65 del C.S.T. y la indemnización por no consignación de cesantías, ha de recordarse le corresponde al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo el empleador para no pagar salarios y prestaciones o hacerlo de manera extemporánea y para no consignar el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe<sup>7</sup>. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>.

De esta manera, ha de advertirse la primera de las sanciones procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, considerando esta Corporación en el presente asunto es claro que el demandado debió pagar las acreencias laborales del actora durante la ejecución del vínculo laboral, esto es, desde el año 2016 hasta el 2019, por ende y como quiera que dentro del debate del presente asunto no se constató justificación alguna frente a dicho aspecto, se estima desdeñable la posición del

<sup>7</sup> Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

<sup>8</sup> "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991)."

llamado a juicio al sustraerse del pago de las acreencias debidas a la accionante, razón por la cual y contrario a lo referido por la apelante resulta procedente la condena a esta indemnización.

Por ende, se itera al no evidenciarse una situación que enmarque al señor Luis Felipe Villareal Cadena en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión del accionante.

Ahora, en cuanto a la indemnización por la no consignación de las cesantías, como ya se dijo de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es, el pago de las cesantías mediante la consignación a un fondo debe efectuarse de manera anual, en las fechas referidas, salvo que el vínculo finalice antes del 15 de febrero lo que permite que se efectuó el pago que corresponda al último lapso trabajado al momento de la terminación del contrato, es decir la obligación del empleador es la consignación anual de las cesantías sin que tenga incidencia alguna que para el trabajador sean exigibles a la finalización del contrato.

Conforme lo anterior se tiene que el señor Luis Felipe Villareal Cadena en efecto nunca consignó dicha prestación, lo que conlleva al pago de la referida indemnización; precisando la Sala no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social en las fechas correspondientes, lo que permite inferir que el comportamiento del empleador de la demandante estuvo orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondía, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe del aquí demandado.

Razones por las cuales se confirman tales condenas, precisándose los valores dispuestos por el Juez no fueron objeto de apelación.

Finalmente, en relación con la apelación del extremo demandante, la razón se encuentra de su lado, en tanto conforme al auto del 4 de febrero del 2022 (Archivo 18 expediente digital) el Juez de primer grado acepto el amparo de pobreza

presentado por el señor ALDEMAR ARDILA MEZA (Archivo 13 expediente digital, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 154 del C.G.P., no es procedente la imposición de la condena en costas en contra de la parte actora, razón suficiente para revocar parcialmente la decisión de primera instancia en este punto.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación y revocatoria parcial 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: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia del Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que el contrato de trabajo del señor ALDEMAR ARDILA MEZA se desarrolló del **30 de septiembre del 2016** al 31 de enero del 2019, conforme a lo considerado.

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que se **CONDENA** al demandado LUIS FELIPE VILLAREAL al pago de las siguientes acreencias:

1. Intereses a las cesantías: \$275.014,59
2. Compensación de las Vacaciones: \$1.182.500

Se CONFIRMA la condena por Cesantías, Prima de Servicios y Sanción por no consignación de las cesantías.

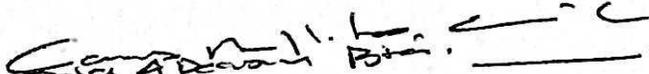
**TERCERO: REVOCAR** el numeral **OCTAVO** de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia, de acuerdo a lo señalado 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA LILIAN SALAMANCA SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 10 2019 00544 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 10° Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 10 octubre de 2022 (Exp. Digital: Audio archivo 12 récord: 2:09:49), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante señora GLORIA LILIAN SALAMANCA SANCHEZ a la administradora AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A HOY SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la declaración de ineficacia de la afiliación suscrita por la demandante el 26 de septiembre del año 2000, en consecuencia se declara ineficaz su traslado del Régimen De Prima Media con prestación definida al RAIS y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de conformidad a la parte motiva de la providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante GLORIA LILIAN SALAMANCA SANCHEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a hacer entrega al régimen de prima

*media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA LILIAN SALAMANCA SANCHEZ, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. y también se condena a la demandada AFP PORVENIR a que debe hacer la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades que hubiera realizado durante su vinculación a la demandante, deben ser devueltos debidamente indexados y también debe hacer la devolución de los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado durante su vinculación y debe ser allegado a COLPENSIONES los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas al régimen de prima media y asimismo la documental que den cuenta de las sumas recibidas por la AFP PORVENIR por concepto de cotizaciones, rendimientos, intereses, y también de las sumas que le fueron descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES pueda establecer que se hace en los términos indicados en esta sentencia, se otorga el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia para que se haga el traslado correspondiente con la documental establecida, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.*

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES para que de manera inmediata, impute en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de COLPENSIONES para efectos pensionales y así mismo, a que una vez ingresen las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto.

**SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Debe hacerse la liquidación de costas por secretaria incluyendo como agencias en derecho a cargo de la administradora SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. la suma de \$1.000.000, y a cargo de COLPENSIONES, por concepto de Agencias en Derecho a cargo la suma de \$250.000.

**SEPTIMO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a Colpensiones, de conformidad el artículo 69 del C.P.L. y SS. ”

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

Así, en primer lugar PORVENIR, indica si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico en materia del deber de información también se ha señalado que se deben estudiar esas particularidades que rodearon el traslado de régimen pensional que se reputa como ineficaz, considerando que en el caso objeto de estudio la demandante solicito su traslado de régimen pensional conforme la normativa vigente para el año 2000, la cual

advierte y aclara no exige una información de los temas que fueron reclamados en la demanda y argumentados el fallo de primera instancia, aunado a que la accionante en estos 20 años de afiliación al régimen de ahorro individual pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de Horizonte hoy Porvenir.

Precisa que el actuar de Porvenir aquí llamado a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de presupuestos legales vigentes al momento de materializarse el acto de traslado, así las cosas asegura no existen razones fácticas o jurídicas que permitan establecer la declaración de ineficacia del acto por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues reitera que antes de adoptar la decisión recibió la información suficiente y veraz sobre la implicación de su traslado y las características generales del régimen.

Expresa que no puede ser acreedor a las condenas referentes a la devolución de los emolumentos o gastos administración, porque estas sumas no están llamadas a financiar la pensión de la accionante, sino por el contrario corresponden a una erogación legal que así le asiste al fondo privado.

Frente a la condena de la indexación, señala que se está incurriendo en una doble condena a Porvenir, pues se está obligando al reintegro de los rendimientos, por lo que de regresar estos últimos valores que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega en ellos de manera indexada, ya que estos serían una actualización de la moneda corriente, por lo tanto, se estaría incurriendo en una doble condena a Porvenir.

Finalmente, respecto de las agencias en derecho, solicita se desestime dicha declaración ya que esta demostrado con los formularios que la demandada Horizonte hoy Porvenir cumplió su deber de información para la primera etapa acumulativa que considero la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, no puede ser declarada la ineficacia y en consecuencia el fondo Horizonte hoy Porvenir no puede ser acreedora a lo relativo a agencias en derecho (récord: 2:13:58<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> “Muchas gracias su señoría, esta representación agradece nuevamente el uso de la palabra y de manera respetuosa me permitió interponer recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, solicitando en esta oportunidad al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde por supuesto y claro está a la declaración de ineficacia de la afiliación de la señora Salamanca al fondo Horizonte hoy Porvenir acontecido en septiembre

---

del año 2000 y de todas las condenas que fue acreedora mi representada conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar debe advertirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también esa corporación ha indicado que el precedente no se puede aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicita la nulidad o la ineficacia la afiliación por incumplimiento del deber de información, de hecho debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para Porvenir no se da en el presente asunto, pues la demandante solicitó su traslado de régimen pensional conforme la normativa vigente para el año 2000, la cual debe advertirse y aclararse no exige una información de los temas que fueron reclamados en la demanda y argumentados el fallo de primera instancia.

Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado a cualquier tipo de condición, característica del sistema general de pensiones, estas se encontraban establecidas en la Ley 100 del año 93, por lo que la accionante en estos 20 años de afiliación al régimen de ahorro individual pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de Horizonte hoy Porvenir.

Asimismo debe señalarse que el actuar de Porvenir aquí llamado a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de presupuestos legales vigentes al momento de materializarse el acto de traslado, así las cosas teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, no existen razones fácticas o jurídicas que permitan establecer la declaración de ineficacia del acto por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues se reitera que antes de adoptar la decisión recibió la información suficiente y veraz sobre la implicación de su traslado y las características generales del régimen, suscribió en varias oportunidades formularios de solicitud de vinculación cómo fue su traslado inicial de fondo de pensiones voluntarias acontecido el 26 de septiembre del mismo año 2000, el cual permite colegir que a la accionante se le informó en más de una oportunidad información y condición y acceso a los regímenes pensionales, haciéndolo por supuesto de una manera libre y voluntaria tal y como quedó consignado en su interrogatorio de parte.

Ahora frente a la condena de los rendimientos, debe señalarse que de ser declarado ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimiento deben corresponder véase bien a los que se hubieran generado en la reserva del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual, pues no tiene sentido que si el traslado de régimen no surtió efecto alguno, tenga que trasladar los rendimientos propios de este régimen que superan en un nivel mayoritario a los rendimientos que era podido ostentar la accionante en el régimen de prima media.

Igualmente, Porvenir no puede ser acreedor a las condenas referentes a la devolución de los emolumentos o gastos administración, en primer lugar, como se ha explicado en la contestación de la demanda, estas sumas correspondientes no están llamadas a financiar la pensión en sí misma de la accionante, sino por el contrario le corresponde a un erogación legal que así le asiste al fondo privado, de tal suerte señores magistrados que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma en la que exige la ley y no se encuentran ya en el poder de mi representada, pues fueron destinadas a cubrir cualquier riesgo de invalidez o sobrevivencia que pudiera suscitarse o presentarse en la actividad laboral de la señora demandante.

Ahora bien, frente a la condena a los emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se está incurriendo en una doble condena a Porvenir, en efecto también el fallo condenatorio está obligando al reintegro de los rendimientos, de tal manera que se deben regresar estos últimos valores que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega en ellos también indexada, ya que estos serían una actualización de la moneda corriente, por lo tanto se estaría incurriendo en una doble condena a Porvenir tal y como lo consagrado en varias oportunidades el Tribunal Superior Sala Laboral del Distrito Judicial de Cundinamarca.

Finalmente, lo que corresponde a las agencias en derecho, debe desestimarse dicha declaración ya que en efecto se ha argumentado en todo el proceso y quedó demostrado a través del mismo con los formularios que la demandada Horizonte hoy Porvenir cumplió su deber de información para la primera etapa acumulativa que considero la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto no puede ser declarado la ineficacia y en consecuencia el fondo Horizonte hoy Porvenir no puede ser acreedora a lo relacionado y a lo relativo a agencias en derecho.

Es por todo lo anterior Señora Juez que solicitó respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde nuevamente a la declaración de ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual acontecido con Horizonte el 26 de septiembre del año 2000 y frente a todas y cada una de las condenas que fue acreedora mi representada, en estos términos su señoría aquí dejo presente mi recurso ordinario de apelación a usted por supuesto agradeciendo el uso de la palabra, muchas gracias.”

A su turno, COLPENSIONES expresa que el traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado al régimen suscrito el 1° de noviembre del año 2000 con la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen alegados por la parte demandante, quedo desvirtuada ya que la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que sea procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria.

Indica que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en que se encuentra afiliada, el cual suministro información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando.

Precisa, la demandante contaba con 56 años de edad en consideración a que nació el 9 de marzo de 1963 lo que deviene entonces en la imposibilidad de trasladarse de régimen pues se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 en su artículo segundo literal e (récord 2:18:59<sup>2</sup>)

---

<sup>2</sup> Gracias su señoría, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a mi defendida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, teniendo en cuenta que no se comparte la decisión tomada en esta instancia, conforme a los siguientes argumentos:

A la fecha del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado al régimen suscrito el primero de noviembre del año 2000 con la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen alegados por la parte demandante, como se demostró a lo largo de la audiencia en las declaraciones de la demandante, en el interrogatorio de parte, no le asiste derecho, ya que la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y expresa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría al trasladarse de régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 47 a 50, Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 50 a 53, ibidem), aspirando de manera principal se anule la afiliación del traslado de régimen, se condene a PORVENIR a efectuar el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual más**

---

Tratándose de afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilian tal como lo indica el artículo segundo de la Ley 797, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que señala que después de un año de vigencia la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en que se encuentra afiliada, el cual suministro información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por último referente al dolo, el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo a realizar el traslado.

Por lo anterior, se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda, contrario sensu a la parte actora se le respetó su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el régimen de ahorro individual con solidaridad y se entiende que es una persona que goza de toda la capacidad legal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, por lo que de alegarse por la parte actora que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir a través de sus asesores comerciales mediante maniobras engañosas efectuó el traslado de régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, es a esta misma la que le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones.

La demandante contaba con 56 años de edad en consideración a que nació el 9 de marzo de 1963 deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen según la normativa citada en líneas precedentes, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 en su artículo segundo literal e que dice que los afiliados al sistema de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Por lo anterior solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral se revoque la decisión en condena en costas impuesta a mi defendida en razón a que a actuado bajo el principio de la buena fe y en la aplicación al principio legal que le corresponde en este caso en concreto, teniendo en cuenta las razones anteriores, solicitó al Honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral de Bogotá y en su lugar exonere a mi defendida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas las condenas impuestas, asimismo solicitó se conceda el recurso de apelación para ser resuelto por el superior, muchas gracias.

sus rendimientos con destino a Colpensiones, así mismo se disponga que ésta administradora acepte el traslado de dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad, costas judiciales y agencias en derecho. En subsidio solicita se tenga como ineficaz la afiliación de traslado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a HORIZONTE hoy PORVENIR, en consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR como actual administradora del régimen a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, rendimientos causados, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades con destino a COLPENSIONES debidamente indexados; asimismo condenó a COLPENSIONES a aceptar los anteriores valores y tener como válida la afiliación de la actora. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR antes HORIZONTE no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información a la accionante sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de marzo de

---

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

1963 (*Página 4, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR el 30 de octubre del 2018 (*páginas 29 y 30 ibídem*) y ante COLPENSIONES el 6 de junio del 2018 (*Página 34 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 331,57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6 años, 5 meses y 11 días (*Página 50, 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 **26 de septiembre del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre del 2000** (*Páginas 35 y 51, Archivo 6 expediente digital*) por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR 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 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*<sup>4</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 actora al fondo accionado PORVENIR antes HORIZONTE.

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

---

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

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

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

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

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 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 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 (...).***

---

*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.*

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 accionante<sup>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la oficina en la cual trabajaba, el asesor de HORIZONTE le expresó que dicha AFP pertenecía al BBVA y por ende tendría mayor respaldo económico aunado a que el ISS se iba acabar. Adujo que solo le hablaron de los beneficios, que para ese momento no le explicaron características del régimen, no le explicaron sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios, que después sí los hizo como un ahorro, tampoco le informaron sobre beneficiarios, ni la diferencia entre uno y otro régimen pensional, tampoco sobre rendimientos, tan solo le ofrecieron las bondades de ese 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 HORIZONTE hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

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 51, 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

---

<sup>6</sup> Audiencia 10 de octubre del 2022, récord 50:14

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR proporcionara 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 al 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 de la aquí demandante, la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada HORIZONTE hoy PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de septiembre del 2000, 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (ver certificación página 55, Archivo 6 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá también retornar las comisiones<sup>7</sup>, debidamente

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

indexadas con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, 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**».*

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 objeto de apelación por PORVENIR, 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*

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

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

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

**«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia**

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

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

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así

fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Página 87 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.

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

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,

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 24 de agosto del 2022, Archivo 8 expediente digital.

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver, 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 **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

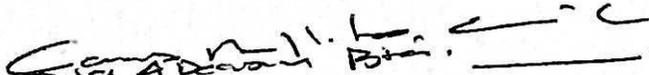
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FANNY TINJACA  
BERNAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 11 2020 00466 01).**

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

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S

  
**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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 20 de octubre del 2022 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Archivo 8 expediente digital, record: 15:17*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior **ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora FANNY TINJACÁ BERNAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de la parte demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de \$850.000.

**CUARTO:** De no ser apelada esta decisión se debe remitir al superior en forma inmediata para que surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación expresando que la Juez de primer grado se apartó del precedente de obligatorio cumplimiento expuesto por la Corte Constitucional donde se estableció de manera clara y concreta que no es procedente negar el reconocimiento de la pensión estableciendo o acreditando dentro de las causas para negar dicho reconocimiento que la persona no se haya encontrado afiliada al Instituto de seguros sociales antes de 1994, aduciendo dentro del presente asunto no es cierto que la primera afiliación de la accionante fuera en el 2008, pues fue en el año 1989 cuando la actora se vincula a la Rama Judicial efectuando los aportes a la Caja Nacional de Previsión Social quien era la entidad, caja o administradora del régimen de primera existente hasta el año 2009.

De modo que en su sentir es factible la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y la acumulación de cotizaciones en el marco de dicho régimen, en aquellos casos en que el solicitante no estaba afiliado al Instituto de Seguro Social con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 pero si está vinculado a un régimen pensional, por cuanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional determina que en el caso particular del reconocimiento de una pensión de vejez es posible acumular los tiempos de servicio a cajas o fondos de previsión social como es el caso de su representada quien cotizó para CAJANAL para efectos del estudio del régimen del decreto 758, con lo cual asegura se acreditan las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores

al cumplimiento de su edad. (*Audiencia virtual Archivo 8 expediente digital, récord: 16:18*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Señora Juez, en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral recurso de apelación en contra de la decisión aquí fallada, para lo cual me permito presentar el sustento de dicho recurso en los siguientes términos:

Considera este apoderado a todas luces desproporcionada y a todas luces inconstitucional y atentatorio los derechos fundamentales de mi representada la decisión aquí tomada, pues es evidente que desafortunadamente en materia pensional y sobre todo refiriéndome específicamente al tema Colpensiones, pues es prioritario las sentencias o se acogen de manera automática y casi que obligatoria a los precedentes que en materia de unificación expide la Corte Constitucional cuando se trata de la pérdida de algún tipo de beneficios o de una modificación en la interpretación en contra de beneficios de pensionados; sin embargo cuando se refiere a beneficios o a otorgar una serie de derechos o que la Corte Constitucional en por vía de unificación admite o adquiere un precedente que favorece el reconocimiento de las pensiones a quienes se encuentran afiliados, pues es evidente que dicho precedente pues parece que no es sujeto de ningún tipo de análisis.

En este caso particular pues se trae a colación no solamente la sentencia de unificación SU 769 del año 2014 la misma Corte Constitucional que en su momento y de viaja data, ya estamos hablando de hace más de 8 años ha sentado un precedente donde estableció de manera clara y concreta que no es procedente negar el reconocimiento de la pensión a estableciendo o acreditando dentro de las causas para negar dicho reconocimiento que la persona no se haya encontrado afiliada al Instituto de seguros sociales antes de 1994, en este caso particular encuentra este apoderado dos situaciones, primero que el señor juez manifiesta dentro de su sentencia que la primera afiliación al sistema general de pensiones de mi representada fue en el año 2008, lo cual no es cierto, pues recordando que la caja nacional de previsión social entidad o caja o administradora del régimen de prima media existente para la fecha o antes de 1994 incluso hasta el año 2009 como administradora del sistema de pensiones para los trabajadores de las entidades del sector público pues también tenía o contaban con un requisito de por lo que la afiliación de mi representada contrario a lo que manifiesta la honorable Juez fue en el año 1989 cuando se vincula a la rama judicial por lo que establecer o diferenciar los criterios en torno a la afiliación pues a todas luces desproporcionado; en segundo lugar no es solamente la sentencia SU 769 del 2014, una reciente sentencia que es la SU 317 del año 2021 que va a proceder a señalar alguno de los aspectos en los cuales sentó nuevamente la posición en la Corte Constitucional en su sala plena en la que estableció al estudiar un caso de una persona con 76 años quien manifestó pues que se le desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso a la Seguridad Social al mínimo vital y principalmente en el caso de Colpensiones al haberme negado el reconocimiento de la pensión bajo el argumento según el cual en el marco del régimen de pensión del Decreto 758, no es posible tener en cuenta cotizaciones realizadas a instituciones distintas al Instituto de Seguros Sociales a efectos de acreditar los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

Para la sala plena en su momento este caso pues planteó un nuevamente el problema jurídico que ya previamente había sido estudiado y analizado, en el caso concreto la sala plena de la corte concluyó que las autoridades judiciales incurrían en unas causales no solamente ilegalidad sino de procedencia de una acción de tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente jurisprudencial, lo que lo cuestionó la transgresión de los derechos fundamentales pues del trabajador, la Corte Constitucional en su sentencia señaló que los jueces y Colpensiones hace una interpretación indebida del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y no aplican una norma necesaria para resolver el caso como es el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 en armonía con el párrafo primero del artículo 33 de la misma ley, pues no consideran que siendo el accionante el beneficiario del régimen de transición le eran aplicables no solo los requisitos de edad, semanas cotizadas y montos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 sino también las demás condiciones o escritas consagradas en el sistema general, como el cómputo de semanas de que trata el artículo 33; y ahora bien respecto al desconocimiento del precedente jurisprudencial la sala plena y en esas sentencias concluyó que las autoridades judiciales desatienden la jurisprudencia de la Corte Constitucional que permite la suma de acumulación de tiempos cotizados al ISS y a otras cajas, pues dicha jurisprudencia ha sido ha sido proferida por distintas salas de revisión desde por lo menos el año 2009 sistematizadas y unificadas desde el 2014 pero también a través de sentencias 370 del 2016, 33522 del 2020, en las que señala que es factible la aplicación del acuerdo 049 de 1990 y la acumulación de cotizaciones en el marco de dicho régimen, en aquellos casos en que el solicitante no estaba afiliado al Instituto de Seguro Social con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 pero si está vinculado a un régimen pensional, lo cual implica que de dicha jurisprudencia se determina que en el caso particular del reconocimiento es una pensión de vejez

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 FANNY TINJACA BERNAL, las pretensiones relacionadas en la página 1 (Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 2 a 4 ibidem;** solicitando principalmente se declare tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993 y por ende teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 1° de junio del 2008 fecha en que cumplió los 55 años de edad, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales incluidas las agencias en derecho y las condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerarse que si bien la accionante es beneficiaria del régimen de transición por edad la primera cotización efectuada por la demandante del sistema general de pensiones lo fue para el periodo de septiembre del año 2008 es decir en vigencia la ley 100 de 1993, razón por la cual no hay lugar a la aplicación del acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición por cuanto la actora no se encontraba afiliada a este régimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, precisando debía haber estado afiliada al sistema anterior con el que se pretendía pensionar ya que ello

---

es posible acumular los tiempos de servicio a cajas o fondos de previsión social como es el caso de mi representada de CAJANAL para efectos del estudio del régimen del decreto 758, lo que le permitiera acreditar las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al al cumplimiento de su edad, tal como previamente se señaló.

Entonces en los anteriores términos pues no solamente el juez de primera instancia se aparta de un precedente de obligatorio acatamiento sino que ni siquiera menciona dentro de sus consideraciones las razones por las cuales se aparta de dicho pronunciamiento tratándose de una sentencia de unificación, que tal como lo ha señalado misma Corte Constitucional de obligatorio acatamiento, por lo que considera que es algo que tendrá que ser analizado por el honorable tribunal y consecuentemente y en aplicación a un criterio de obligatorio acatamiento procederá a revocar la decisión de primera instancia y consecuentemente con lo anterior procede ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de mi representada en garantía de sus derechos fundamentales y pues teniendo en cuenta que estamos hablando de una persona que legalmente cuenta con los planes especial protección constitucional y por lo anterior dejó sentados y sustentados en debida forma mi recurso de apelación para que sea tramitado ante el honorable tribunal en su Sala Labora gracias.

generaría una expectativa legítima susceptible de protección legal, advirtiendo el régimen que la favorecería sería el establecido en la Ley 71 de 1988 pues acreditó servicios prestados en la Rama Judicial y en la Fiscalía Seccional de Bogotá que sumados a los aportes efectuados a Colpensiones ascienden a 905 semanas o 6341 días. Indicó que tampoco reúne los requisitos de la Ley 797 del 2003 en atención que en toda su vida laboral solo tiene cotizadas 905 semanas incluidas las de servicio público.

De manera preliminar y para resolver el presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005<sup>2</sup>, tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía de la actora (Archivo 1 expediente digital, página 13) que da cuenta que su fecha de nacimiento el 1° de junio de 1953, ello permite concluir que a la fecha de entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1 de abril de 1994 la demandante contaba con 40 años de edad cumplidos. Por lo tanto, se concluye que –en principio- sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería

---

<sup>2</sup> "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En ese orden, como ya se dijo se debe establecer cuál era el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante a efectos de determinar si cumple los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento del derecho antes del primer límite establecido para el régimen de transición, esto es al 31 de julio de 2010, advirtiendo la Sala la primera cotización efectuada por la demandante al sistema general de pensiones lo fue para el periodo de **septiembre de 2008**, es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, conforme se constata en el reporte de semanas de cotización actualizado al 9 de febrero del 2022 y aportado por Colpensiones en la contestación de la demanda (Archivo 4 expediente digital01, pág. 21), razón por la cual se ha de señalar desde ya no hay lugar a la aplicación Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, por cuanto la actora no se encontraba afiliada a éste régimen con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, siendo oportuno traer a colación el pronunciamiento que ha hecho la Honorable Corte Suprema De Justicia, en la sentencia SL 1109-2022 Rad. 75497 del 29 de marzo del 2022 donde se señaló:

*“No puede olvidarse que el régimen de transición en materia de pensiones, introducido con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es un mecanismo que atenúa el rigor del principio de la aplicación general e inmediata de la ley. Es un beneficio para los trabajadores antiguos que, para la fecha de la entrada en vigencia de la ley nueva, no han accedido aún al derecho que se trata. Consiste en aplicar la legislación anterior, lo que de suyo es algo excepcional, y por lo mismo, de rigurosa aplicación restringida. (CSJ SL, rad. 17768 del 21 de marzo de 2002, reiterada por CSJ SL, rad. 33442 del 3 de octubre de 2008).*

*En esa medida, si el demandante no venía inscrito al régimen del Seguro Social, no le era posible aplicar, en particular, el sistema pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por lo que tampoco podía aspirar «a mantenerlo».*

*Es más, la propia Corte Constitucional en sentencia CC C597-1997, al declarar exequible la expresión «al cual se encuentren afiliados» del párrafo segundo del artículo 36 precedentemente copiado, precisó sobre el particular:*

En efecto, como arriba se dijo, quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social

les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional. No podía ser de otra forma, porque de lo contrario, se pregunta la Corte: ¿Cuáles serían los requisitos o condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de la nueva ley? Si la persona no estaba vinculada a ningún régimen pensional, no existía ni siquiera la expectativa de derecho a pensionarse según determinados requisitos, que por simple sustracción de materia eran imposibles de precisar.

Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.

Y en cuanto a si los trabajadores no afiliados a un determinado sistema de pensiones al momento de la entrada en vigencia del nuevo régimen se ven discriminados frente a los que si lo estaban, son también pertinentes los siguientes criterios sentados por la jurisprudencia de esta Corporación, según los cuales no se vulnera el principio de igualdad, por cuanto no es la misma situación jurídica la de quienes tenían una expectativa de derecho, que la de quienes ni aún tal expectativa tenían.

*De lo anterior, la Sala encuentra que el Tribunal no erró en su decisión, en la medida en que, aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición, no podía ampararse en el Acuerdo 049 de 1990 pues no estructuró en él una expectativa legítima, por cuanto fue un hecho indiscutido que empezó a cotizar a este solo después de la fecha en que entró en vigor el sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993.*

*Así las cosas, antes de la Ley 100 de 1993, el demandante podía pensionarse bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, pues había prestado su servicio al sector público y realizado aportes a Cajanal (1 de agosto de 1972 hasta el 3 de julio de 1974), pero no podía recurrir a los reglamentos del ISS, donde no estuvo afiliado, sino hasta 1997.*

*En ese sentido, la Sala ha dicho que para que una persona beneficiaria del régimen de transición pueda ampararse en el régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debe tener una expectativa legítima, la cual no se presenta si se afilia al sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como ocurre en este asunto, pues como ya se indicó el actor se afilió al ISS en 1997.*

(...)

*Con fundamento en lo anterior, para que al accionante se le aplicara un régimen pensional por vía de transición, en este caso, régimen del Acuerdo 049 de 1990, era necesario estar afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues para acceder al derecho pensional bajo esta normatividad, debía tener la calidad de afiliado a dicho régimen, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca tuvo. En tanto que, se insiste, el que le favorecía, de acuerdo con los tiempos públicos cotizados a Cajanal y los sufragados al ISS, era el establecido en la Ley 71 de 1988, sistema pensional al que se encontraba afiliado, y el cual, permite la sumatoria de dichos periodos.*

Así, mismo en sentencia de la misma Corporación SL4392 del 2020 se dijo:

*“Sobre el tema objeto de escrutinio la Sala, en sentencia CSJ SL1981-2020, modificó la tesis existente de la improcedencia de la sumatoria de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez de conformidad a lo consagrado el Acuerdo 049 de 1990 y acogió por mayoría que los beneficiarios del régimen de transición a los que les sea aplicable el mencionado acuerdo, la procedencia de la acumulación de las semanas prestadas en el sector público con independencia si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones, con las efectivamente aportadas a dicha entidad.*

[...]

*El criterio precedente fue reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL2557-2020, CSJ SL2523-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020 y CSJ SL3354-2020, de tal suerte, que los beneficiarios del régimen de transición hacen parte del sistema general de seguridad social en pensiones y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas prestadas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones.*

*De conformidad al criterio jurisprudencial esbozado, es dable concluir que el tribunal se equivocó al considerar que no eran procedente acumular tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez regulada por el Acuerdo 049 de 1990.*

*Ahora, si bien es cierto, los cargos son fundados, también lo es, que al convertirse la Sala en tribunal de instancia se llegaría a la misma conclusión de improcedencia del derecho reclamado por las razones que se expresan a continuación:*

[...]

*De conformidad a las pruebas reseñada se tienen los siguientes supuestos fácticos: (i) que el actor nació el 5 de mayo de 1944; (ii) que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; (iii) que según la historia laboral el demandante en calidad de servidor público realizó aportes a Cajanal y Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Sucre (04-04-83 a 14-05-96); (iv) que ingresó al sistema de pensiones por primera vez administrado por el ISS el 1 de mayo de 2006, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; (v) que su primer aporte al ISS, fue realizado con posterioridad al cumplimiento de los 60 años de edad.*

*De lo expuesto, conforme a lo regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante es beneficiario del régimen de transición al haber prestado sus servicios al sector público y realizado aportes a las cajas de previsión antes de la entrada en vigencia de la normatividad señalada, lo que le permitiría acceder a su derecho pensional a la luz de la Ley 33 de 1985 o en su defecto la Ley 71 de 1988.*

*Como puede verse, aunque el accionante es beneficiario del régimen de transición, no podía ampararse en el Acuerdo 049 de 1990 por cuanto no estructuró en él una expectativa legítima, en tanto empezó a cotizar solo tras la vigencia del sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, así pues, hasta el advenimiento de esta ley, el actor únicamente tenía cierta confianza de que podía pensionarse con apego a la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, pero jamás con los reglamentos del ISS, donde nunca estuvo afiliado.*

*En armonía con lo expuesto, la Sala en la sentencia CSJ SL2129-2014, reiterada en las decisiones SL13154-2016, SL21790-2017, ha expresado para que una persona pueda ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, rigurosamente debe haber estado afiliada al sistema precedente con el que pretende pensionarse, que genere una expectativa legítima susceptible de protección legal, que es por demás la garantía de remisión, preservación y aplicación de regímenes pensionales anteriores que subyace a esa figura legal. (subraya la Sala).*

[...]

*Puestas en esa dimensión las cosas, para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia (Acuerdo 049 de 1990), pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiese consolidado éste con la calidad de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.*

*Por consiguiente, si bien es cierto, no se desconoce la calidad de beneficiario de la transición del demandante de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, también lo es, que el actor no estuvo afiliado antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al ISS, no es procedente analizar su derecho pensional a la luz de Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, se llegaría a la misma conclusión del tribunal, pero por las razones aquí expuestas. (Subraya la Sala).*

Y en la del Radicado No. 49148 del 13 noviembre del 2013 se expuso:

*“Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.”*

Precisándose al apelante que esta Sala de Decisión se acoge a la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887<sup>3</sup>, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que se ha asumido en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en sede de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de

<sup>3</sup> “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Ahora y como quiera que se observa que la promotora del litigio durante su vida laboral tiene aportes a CAJANAL con la RAMA JUDICIAL del 17 de abril de 1989 al 31 de mayo de 1992 y con la FISCALIA GENERAL DE LA NACION del 1° de junio de 1992 al 26 de diciembre del 2000 (archivo 2 del expediente digital págs. 14, 20 y 23) y también en Colpensiones desde el 1° de septiembre del 2008 hasta el 31 de julio del 2015 (Historia Laboral págs. 20 a 22 Archivo 4 expediente digital), el régimen aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el establecido en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, el cual exige como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, acreditar veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, y el cumplimiento de la edad de cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora FANNY TINJACA BERNAL alcanzó los 55 años de edad el 1° de noviembre del 2008, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010.

Ahora como la demandante acreditó haber prestado sus servicios en el RAMA JUDICIAL del 17 de abril de 1989 al 31 de mayo de 1992 y con la FISCALIA GENERAL DE LA NACION del 1° de junio de 1992 al 26 de diciembre del 2000 (*Resumen Tiempos Públicos Historia Laboral Colpensiones* pág. 22 Archivo 4 expediente digital), tales aportes suman 545,86 semanas.

Establecido lo anterior, se tiene entonces que la demandante, tiene un total de semanas cotizadas durante toda la vida laboral *-hasta el 31/07/2015-*, de **905.86** (360 a Colpensiones + 545,86 semanas a Cajanal), esto es, NO alcanza a reunir los 20 años de servicios exigidos por la Ley 71 de 1988 que

equivalen a 7200 días de aportes o 1028,57 semanas, esto es, no acredita los requisitos para ser acreedora de tal normativa, lo que desde luego excluye que el beneficio transicional se le extendiera hasta el 31 de diciembre del 2014, pues la actora para el 29 de julio del 2005 ni tan siquiera alcanzó las 750 semanas, ya que solo acumuló **545.86<sup>4</sup>** semanas.

Ahora bien, como lo solicitado en últimas por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que no es beneficiaria del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida laboral, únicamente cuenta con 905,86 semanas de cotizaciones (incluidas las aportadas a CAJANAL) teniendo en cuenta la Historia Laboral aportada por Colpensiones (Archivo 4 expediente digital), habiendo efectuado la última el 31 de julio del 2015, anualidad para la cual se exigían 1300 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del régimen de transición, pues se repite, no se cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado, con las precisiones aquí expuestas.

**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,

---

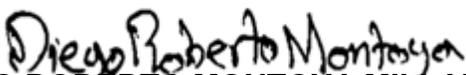
<sup>4</sup> Solo tiempos públicos del 17 de abril de 1989 al 26 de diciembre del 2000, pues su primera cotización a Colpensiones lo fue hasta septiembre del 2008.

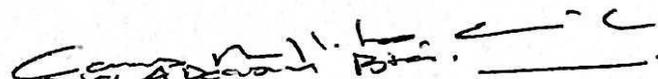
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Juez 2° Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá, 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEOPOLDO HERRERA CASTAÑEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. (12 2021 00206 01).**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 11 de octubre de 2022 («15GrabacionAudiencia10112022.mp4», récord 1:08:39), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor LEOPOLDO HERRERA CASTAÑEDA identificado con C.C. No.79.399.376, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor LEOPOLDO HERRERA CASTAÑEDA al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto.*

*TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LEOPOLDO HERRERA CASTAÑEDA, tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone*

*el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**CUARTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados, de acuerdo a lo decidido.

**QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS y PORVENIR, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor LEOPOLDO HERRERA CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad. Una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

**OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor».

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., apeló la decisión señalando, que al demandante le asistía el deber de estar informado, de cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, teniendo la obligación de indagar sobre las características, las condiciones generales y restricciones a la AFP que se trasladó, en ese momento Horizonte, debiendo exigir las explicaciones verbales o escritas o suficientes que le posibilitarán la toma de una decisión informada.

En cuanto a la indexación, resaltó que al estar dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos<sup>1</sup> (Récord: 1:10:54).

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, en cuanto a la indexación de los valores en mencionados, que debe trasladar PORVENIR, con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá (ininteligible), bajo las siguientes: Inicialmente honorables magistrados, cabe resaltar que al demandante también le asistía el deber de estar informado, de cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego también tenía la obligación de indagar sobre las características, las condiciones generales y restricciones a la que se trasladó con mi representada, pues en ese momento Horizonte, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas o suficientes que le posibilitarán la toma de decisión de informada.

En cuanto a la indexación, me permito resaltar que es improcedente de acuerdo con lo mencionado la sentencia C-00161 del 30 de mayo del año 2010, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indemnización consiste: “la actualización

A su turno, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia, por cuanto en este caso se presentó una afiliación voluntaria al sistema de ahorro individual, en el libre ejercicio consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que conlleva el derecho de escoger libremente el régimen al cual se afilian los ciudadanos para proveer los riesgos y las contingencias de vejez, sobrevivientes e invalidez; precisando, la decisión adoptada, contraviene lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 797 del 2003, y atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema general de pensiones, en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia, en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común se trasladase cuando llegaran a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, con lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los demás cotizantes.

Finalmente, solicito se revoque la condena en costas, dado que ejerció la línea de defensa judicial que se encuentra consagrada en el artículo 2° de la ley 797 del 2003, situación que le impedía recibir como afiliado al hoy demandante en este proceso, toda vez que se encuentra a menos de 10 años de adquirir su estatus personal. Aunado a lo anterior, las actuaciones de Colpensiones se encuentran revestidas bajo la égida de la buena fe y el principio de la aplicación de la de la norma este caso en concreto<sup>2</sup> (Récord: 1:13:35).

---

*monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende 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 de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998”.*

*Adicionalmente a través de la sentencia SL9316 de fecha 22 de octubre del año 2016, se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía. En este orden de ideas, honorables magistrados y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados y, por tanto, es incompatible ordenar la indexación de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante mientras en HORIZONTE, hoy PORVENIR, no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, le generaron unos rendimientos. Bajo estos presupuestos dejé sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias».*

*2 «Siendo este el momento procesal oportuno, me permito presentar y sustentar el recurso de apelación frente a la decisión adoptada por el honorable despacho, solicitando de esta manera muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, se revoque la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones, a fin de recibir como afiliado válido al hoy demandante. Es así como dentro de este caso se presenta la afiliación voluntaria al sistema de ahorro individual, sistema que es administrado por diferentes fondos de pensiones. Lo anterior, en el libre ejercicio de literario del artículo 13 de la ley 100 del 93, que conlleva el derecho de escoger libremente el régimen al cual se afilian los ciudadanos para proveer los riesgos y las contingencias de vejez, sobrevivientes e invalidez. Es así como lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que, no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.*

*Finalmente la petición de anulación del traslado y la ineficacia que fue decretada en primera instancia, de aquellos afiliados que se encuentren en la prohibición de que trata el artículo 2° de la ley 797 del 2003, conforme lo indicaba la sentencia SU062 de 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema general de pensiones, en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia, en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un*

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5, «01DemandayAnexos.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5 a 7), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, efectuado el día 30 de noviembre de 1994 a la sociedad HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías – AFP PORVENIR S.A., en subsidio, la nulidad de dicha afiliación; así como la afiliación efectuada de forma horizontal a la AFP COLFONDOS, estableciéndose cómo única afiliación válida la efectuada en su momento al ISS, hoy COLPENSIONES y finalmente, se declare ha sufrido daños representados en perjuicios materiales, expresado a su vez en lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro. En consecuencia, se ordene a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS trasladar todos los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, incluidos los dineros por concepto de rendimientos financieros e intereses, gastos de administración, seguro previsional, comisiones, reaseguros y bonos pensionales con destino a COLPENSIONES. Se ordene las AFP PORVENIR y COLFONDOS a pagarle perjuicios materiales, en lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro; y de ordene a COLPENSIONES, tenerlo como afiliado al RPMPD como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional. Además, se condene a lo extra y ultra petita, más las costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del**

---

*fondo común y que, por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, con lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los demás cotizantes.*

*Finalmente, solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá y a sus honorables magistrados, se sirvan revocar la condena en costas impuesta en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones. Es de indicar que la misma ejerció la línea de defensa judicial que se encuentra consagrada en el artículo 2° de la ley 797 del 2003, situación que le impedía recibir como afiliado al hoy demandante en este proceso, toda vez que se encuentra a menos de 10 años de adquirir su estatus personal. Aunado a lo anterior, honorables magistrados, las actuaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones se encuentran revestidas bajo la égida de la buena fe y el principio de la aplicación de la de la norma este caso en concreto. De este modo, solicito muy respetuosamente sea revocada la condena en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones. Muchas gracias y dejando así por sustentado el recurso de apelación que en derecho corresponde. Muchas Gracias».*

traslado de régimen pensional realizado por el actor a HORIZONTE, hoy PORVENIR el 30 de noviembre de 1994, ordenando a esa AFP la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados. Ordenó a COLFONDOS, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; y a COLPENSIONES aceptar su traslado y a recibir el monto de los conceptos anteriores, así como a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin y el hecho de trasladarse a otra AFP, no subsanaba la información que debió darse en el primer traslado. Respecto a los perjuicios reclamados no accedió a ellos, pues el demandante no los probó, aunado a que la jurisprudencia ha dicho que los perjuicios proceden cuando se trata de pensionados, calidad que no ostenta 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 2002<sup>3</sup>.

---

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de septiembre de 1965 (pág. 25, ibidem), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de enero de 2021 (Pág. 27, ib.), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional-tenía 55 años-; de otra parte, se tiene, el actor 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 391.14 semanas, que corresponden a 7 años, 5 meses y 29 días (archivo «08HistoriaLaboral.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 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 **30 de noviembre de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de 1994** (págs. 79 y 81, «06ContestacionPorvenir.pdf»), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «libre y voluntaria» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 (...) LILLANA 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, antes HORIZONTE.

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

---

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

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

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

la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

---

*“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».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante<sup>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1994, en una reunión de 20 minutos, le hicieron la oferta de que se trasladara a un fondo de pensiones con una serie de beneficios, que en ese momento el Seguro Social no le podía ofrecer y ese fue el motivo por el cual aceptó la propuesta de traslado, procediendo a llenar el formularios; recordó que le dijeron que era la mejor alternativa a los que ofrecía el seguro social, también le comentaron que iba a tener mayor rentabilidad. Indicó que, si bien suscribió el formulario, no lo leyó ni preguntó, creyendo en lo que le indicó el funcionario del fondo, situaciones que en manera alguna puede entenderse, como que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (página 81, *ibid.*), este no

---

<sup>6</sup> Audiencia del 19 de septiembre de 2022, récord 17:55.

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 se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE) 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 (antes HORIZONTE), omitió en el momento del traslado de régimen (30 de noviembre de 1994, efectivo el 01 de diciembre de 1994) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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 27, «05ContestacionColfondos.pdf»), 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, ibidem.

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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (pág. 26, ib.), la transferencia de las cotizaciones y todos los costos cobrados por administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, con los respectivos frutos e intereses, debidamente indexados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, atendiendo la apelación propuesta en tal sentido y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que, tanto PORVENIR como COLFONDOS, deben devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos intereses, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, por el tiempo en que el 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:

«(...)

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

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».***

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

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. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP PORVENIR, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

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).*

Precisando, 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. 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 CSJ 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 (...)*».

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, 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, 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 COLPENSIONES<sup>9</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 7,

<sup>9</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 07 de julio del 2022 («12AutoConductaConcluyenteColpensiones.pdf»).

«07ContestacionColpensiones.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.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual «se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)», sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta 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 conforma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de COLPENSIONES, incluidas las demás accionadas.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

## RESUELVE

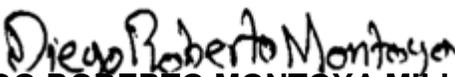
**PRIMERO: ADICIONAR** los ordinales **TERCERO** y **CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y COLFONDOS, devolver a COLPENSIONES además de además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos intereses, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esas administradoras, conforme lo considerado.

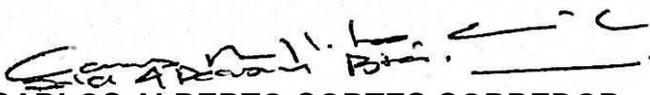
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

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

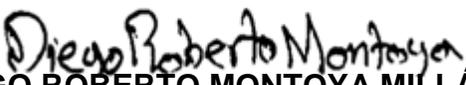
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ALBERTO SANCHEZ RIVEROS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (12 2021 00221 01)**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 20 de octubre de 2022(Audio archivo 13, récord 41:03), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por el señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ RIVEROS identificado con cédula de ciudadanía 19.375.718 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR el 12 de octubre de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ RIVEROS al régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que usted recibió con motivo de la afiliación del señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ RIVEROS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posee el actor en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores que reintegre PORVENIR, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor LUIS ALBERTO SÁNCHEZ RIVEROS al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia PORVENIR y COLPENSIONES a favor del demandante. Por Secretaría a practicarse la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada una.

**SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., expresa que la falta de información no se acredita y por el contrario se verifica el cumplimiento del deber de información con el alcance que para esa época se refería por la ley y por la jurisprudencia, esto es, con el formulario de afiliación que no es un documento que Porvenir se haya inventado sino que era un documento aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia para las entidades de Seguridad Social, por lo cual entonces asegura ni siquiera podía plantear cuál era el contenido del mismo, pues ello estaba establecido en la ley y además indica debe tenerse en cuenta que para esa fecha del traslado este era el único documento que se les exigía a las AFP como válido para el traslado de régimen pensional, por lo que hoy exigirle un documento diferente sería obligarla a lo imposible y según los principios generales del derecho nadie está obligado a lo imposible.

Aduce que si el demandante suscribió formulario de afiliación presionado por su empleador para poder acceder al empleo como lo señaló en el interrogatorio de parte, no es una circunstancia atribuible a su representada y que por lo tanto no tendría que haber generado ningún tipo de consecuencia jurídica.

Manifiesta que desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, se presume que el demandante como cualquier habitante del territorio nacional conocía de la misma y por ende era su deber conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que se pueda aducir por ejemplo que Porvenir haya abusado de posición dominante alguna y además comenta tampoco se tuvo en cuenta los traslados horizontales que hizo el demandante a Horizonte y Porvenir, luego se debe tener en cuenta que el demandante es una persona adulta y profesional para la fecha en la que realizó el traslado de régimen pensional, por lo cual podía entender y comprender claramente el contenido del acto jurídico que estaba suscribiendo.

Por otro lado, señala no procede la condena por gastos de administración, primas de seguros, sumas adicionales de la aseguradora y la indexación, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el inciso dos del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de validez y sobrevivientes, por lo que estas sumas no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello sí están sujetas a la prescripción, por lo que entonces se equivoca el despacho de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción frente a estas sumas, como también el hecho de ordenar el traslado de estos gastos y primas a favor de Colpensiones configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta codemandada, en la medida que no existe ninguna norma que disponga dicha devolución. Por ende, los gastos de administración y las primas de seguros solo corresponden a valores que no pertenecen a los afiliados de ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por eso de ellos no podría predicarse la imprescriptibilidad.

Solicita que en caso de confirmarse las condenas de compensen las mismas en especial respecto de los gastos de administración, primas de seguros, reaseguros y la indexación a cualquier título con aquellos rendimientos

financieros que se le causaron en el régimen de ahorro individual y que excedan los que se le hubiesen causado en el régimen de prima media, porque como se señaló en la sentencia de primera instancia los efectos de la ineficacia son volver las cosas al estado anterior, por lo cual la condena se tendría que haber limitado a los rendimientos que se hubiesen causado en el régimen de prima media, teniendo en cuenta que los efectos de la ineficacia es que ese trasladó a régimen pensional nunca existió.

En otra dirección considera que el despacho se equivoca al condenar a la devolución de las sumas debidamente indexadas pues los rendimientos son un rubro que incluye los frutos e intereses que se obtienen con los dineros recibidos por la AFP y por las cotizaciones de los afiliados, luego en este caso ordenar la devolución de los rendimientos y además obtener la devolución de todas las sumas de dinero indexadas es una doble sanción que no procede (Récord: 43:11<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Gracias señora Juez, de manera respetuosa me permite interponer recurso de apelación en relación con la decisión de primera instancia y le solicito amablemente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y proferir en segunda instancia sentencia de carácter absolutorio de todas las pretensiones de la demanda frente a mi representada, el cual sustento en los siguientes términos:

Frente a la falta el deber de información que conlleva la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo el demandante, dicha falta de información no se acredita sino que al contrario se acreditó el cumplimiento del deber de información con el alcance que para esa época se refería por la ley y por la jurisprudencia, luego entonces el deber de información se acredita con el formulario de afiliación que no es un documento que Porvenir se haya inventado sino que era un documento que además era aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia las entidades de Seguridad Social, por lo cual entonces mi representada ni siquiera podía plantear cuál era el contenido del mismo, pues ello estaba establecido en la ley y además debe tenerse en cuenta que para esta fecha este era el único documento que se les exigía a las AFP para intentar no hacerlo como materializado, sino como válido el traslado de régimen pensional, por lo que hoy exigirle a mi representada un documento diferente sería obligarla a lo imposible y según los principios generales del derecho nadie está obligado a lo imposible.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el alcance del deber de información para esa época no era igual al que se tenía hoy, mi representada solo contaba con el documento con el formulario de afiliación y además pues se busca con el interrogatorio de parte que se aclaren las circunstancias en las cuales se hizo el traslado de régimen pensional, sin embargo sí es bastante complicado para mi representada teniendo en cuenta que los demandantes incluso en la demanda dicen una cosa y en el interrogatorio de parte vienen a negar y simplemente están predispuestos a responder a todo que no o que no recuerdan como en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que en la demanda se señala por ejemplo que el traslado de régimen pensional que hizo el demandante, lo hizo debido a que Porvenir lo convenció bajo circunstancias engañosas, pero hoy en el interrogatorio de parte, el demandante manifiesta que nunca hubo presencia de ningún representante de Porvenir y que Porvenir no le señaló nada, lo cual si es una contradicción que se tuvo que haber tenido en cuenta por el despacho para proferir la sentencia de instancia.

Ahora bien, del interrogatorio de parte entonces si fuese que el demandante suscribió formulario de afiliación presionado por su empleador para poder acceder al empleo como lo señaló en el interrogatorio de parte, esto es una circunstancia que no le es atribuible a mi representada y que por lo tanto no tendría que haber generado ningún tipo de consecuencia jurídica.

Ahora bien la misma Ley 100 de 1993 obligaba a las AFP una vez se allegaba un formulario de afiliación suscrito debidamente diligenciado conforme lo establecía la ley para ese momento, pues era obligación de mi representada y de cualquiera AFP recibir a esa persona como su afiliado, por lo que entonces no habría

lugar a que se declarara la ineficacia del traslado de régimen y por último para acreditar el deber de información pues también se tenía la presentación del artículo 9 del Código Civil, que señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa que es un principio general del derecho que establece una presunción legal la cual implica que habiendo promulgado una ley, esta se presume conocida por los habitantes del territorio colombiano, teniendo en cuenta que el sistema pensional se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993 y sus condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad están completamente definidas en la Ley 100 de 1993 debidamente promulgada, desde la promulgación de la misma se hace realidad las consecuencias jurídicas que puedan seguir de su inobservancia, en este caso desde la promulgación de la misma se hace efectiva la presunción a la cual me estoy refiriendo, es decir que desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, se presume que el demandante como cualquier habitante del territorio nacional conocía la Ley 100 y luego en este escenario el demandante debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que se pueda aducir por ejemplo que Porvenir haya abusado de posición dominante alguna y además tampoco se tuvo en cuenta los traslados horizontales que hizo el demandante a Horizonte y Porvenir, bajo esta premisa entonces la parte demandante como cualquier habitante del territorio nacional le asistía la obligación de conocer la ley, por lo que carece de fundamento racional el fundamento de que por carecer de alguna educación específica en ese momento haya tenido alguna dificultad para conocerla, luego se debe tener en cuenta que el demandante es una persona adulta y profesional para la fecha en la que realizó el traslado de régimen pensional, por lo cual podía entender y comprender claramente el contenido del acto jurídico que estaba suscribiendo.

Ahora bien, señores magistrados se condena a mi representada a devolver todos los dineros recibidos por la afiliación del demandante, sin embargo no procede la condena por gastos de administración, primas de seguros, sumas adicionales de la aseguradora y la indexación, teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el inciso dos del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de validez y sobrevivientes, por lo que estas sumas no forma parte integral de la pensión de vejez y por ello sí están sujetas a la prescripción, por lo que entonces se equivoca el despacho de primera instancia declarar no probada la excepción de prescripción frente a estas sumas, de igual manera merece atención el hecho que ordenar el traslado de estos gastos y primas a favor de Colpensiones es configurar un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta codemandada, en la medida que no existe ninguna norma que disponga dicha devolución, al contrario en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 113 literal b de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen y señala que es el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que evidencia entonces que estos no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado y si estos dineros nunca han pertenecido al afiliado pues habría una falta de información en la causa por activa para solicitar su traslado y no se podría acceder a la condena en virtud de las facultades ultra y extra petita, teniendo en cuenta que estas facultades tienen un límite y dicho límite son los derechos del afiliado, como ya lo señalé ni los gastos de administración, ni las primas nunca han sido un derecho del afiliado, en consecuencia no procede esta condena, en ese orden de ideas los gastos de administración y las primas de seguros solo corresponden a valores que pertenecen a los afiliados de ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financia la prestación de vejez, pues de ellos no podría predicarse la imprescriptibilidad, característica a la cual se lo causa el derecho pensional y por ende si están sujetos al fenómeno prescriptivo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo y 151 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y así deberá declararse.

Por otra parte mi representada tiene la total certeza de haber cumplido con sus obligaciones respecto a la parte actora como su administradora de pensiones, lo que descarta la prosperidad de cualquier condena, sin embargo en el hipotético caso en que se llegue a condenar a Porvenir en segunda instancia a trasladar a Colpensiones algún concepto distinto al capital y rendimientos financieros que se hubiesen causado en el régimen de prima media, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, les solicitaría amablemente compensar las condenas, sobre todo gastos de administración, primas de seguros, reaseguros y la indexación a cualquier título con aquellos rendimientos financieros que se le causaron en el régimen de ahorro individual y que excedan los que entonces se le hubiesen causado en el régimen de prima media, porque como se señaló en la sentencia de primera instancia los efectos de la ineficacia son volver las cosas al estado anterior y para dejar entonces las cosas en el estado anterior esto implicaría que los rendimientos financieros que se causen en el régimen de ahorro individual no son iguales a los que se causan en el régimen de prima media, por lo cual la condena se tendría que haber limitado a los rendimientos que se hubiesen causado en el régimen de prima media, teniendo en cuenta que los efectos de la ineficacia es que ese traslado a régimen pensional nunca existió.

Por último, se equivoca el despacho al además condenar a mi representada a devolver la suma debidamente indexada, teniendo en cuenta que ya lo ha señalado el Tribunal Superior de Cundinamarca con ponencia

A su turno, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia, por cuanto en este caso el demandante se afilia de manera libre y voluntaria y efectivamente realiza traslados de manera horizontal en el régimen de ahorro individual situación que conlleva a la configuración de actos de relacionamiento, esto es la exteriorización de la voluntad de pertenecer a un régimen pensional determinado aunado a que dentro de los procesos de vinculación con los distintos empleadores tampoco ha solicitado el formulario de afiliación a Colpensiones, situación que también manifiesta otro acto de relacionamiento que no significa otra cosas que el querer pertenecer a un régimen pensional.

Manifiesta el afiliado se encuentra dentro de la prohibición de que trata el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU 062, atentando con ello el principio de la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común y por lo mismo no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus prestaciones y sus respectivos reajustes periódico, se trasladen de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes.

Finalmente solicita revocar la condena en costas impuesta a la Administradora Colombiana de Pensiones, porque la misma quedó bajo la égida de la buena fe y en estricta aplicación del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, situación que lo conllevaba a negar el traslado de afiliación o traslado de régimen que

---

del Dr. José Alejandro Torres bajo radicado 2021-111 que señaló abro comillas “en este caso como lo refirió la parte apelante se está ordenando la devolución de rendimientos financieros rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con el dinero recibido por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocara la decisión en este aspecto” cierre comillas, luego si se condenó a mi representada a devolver lo correspondiente a la cuenta de ahorro individual, es decir la correspondiente a cotizaciones y además a los rendimientos, los rendimientos son un rubro que incluye los frutos e intereses que se obtienen con los dineros recibidos por la AFP por las cotizaciones de los demandantes, de los afiliados, luego en este caso ordenar la devolución de los rendimientos y además obtener la devolución de todas las sumas de dinero indexadas es una doble sanción que no procede, así que los supuestos bajo los cuales se encuentra condenada mi representada en sentencia de primera instancia no se encuentran acreditados, por lo que le solicito al 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, muchas gracias señora Juez.

solicitó el demandante para ser un afiliado válido al régimen de prima media (Récord: 43:11<sup>2</sup>).

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

## CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 2 a 3, *Archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5 *ibidem*), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, se ordene a Colpensiones activar su afiliación, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del**

---

<sup>2</sup> Gracias su señoría, siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer y sustentar recurso de apelación frente a la decisión proferida por el Honorable Despacho el cual sustentare de la siguiente manera:

Se encuentra probada dentro del expediente y bajo los hechos que ha manifestado el demandante en el interrogatorio de parte, que el mismo se afilia de manera libre y voluntaria y efectivamente realiza traslados de manera horizontal en el régimen de ahorro individual situación que conlleva a la configuración de actos de relacionamiento, esto es la exteriorización de la voluntad de pertenecer a un régimen pensional determinado y que él mismo dentro de los procesos de vinculación con los distintos empleadores tampoco ha solicitado el formulario de afiliación a Colpensiones, situación que también manifiesta otro acto de relacionamiento que no significa otra cosas que el querer pertenecer a un régimen pensional.

Ahora bien lo importante es que exista una correspondencia entre voluntad y acción es decir que lo firmado sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado, de acuerdo a la sentencia de ineficacia que se dicta en primera instancia de este afiliado que se encuentra dentro de la prohibición de que trata el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU 062, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido a un fondo común y por lo mismo no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus prestaciones y sus respectivos reajustes periódico, prohibiéndose trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes.

De otra parte solicito muy respetuosamente también Honorable Tribunal revocar la condena en costas impuesta a la Administradora Colombiana de Pensiones, porque la misma quedó bajo la égida de la buena fe y en estricto aplicación del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, situación que lo conllevaba a negar el traslado de afiliación o traslado de régimen que solicita el demandante para ser afiliado válido al régimen de prima media, así como también la labor misional de Colpensiones se encuentra regida por el imperio de la ley y bajo la égida de la buena fe, esto permite conceder o negar este tipo de prestaciones o de traslados que se pretendían realizar, de este modo y dados los anteriores argumentos, solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la condena impuesta en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, muchas gracias señoría, dejando así por sentado el recurso de apelación que en derecho corresponde.

traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR el 12 de octubre del 2000, ordenando a esa AFP la devolución a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posee el actor en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados; y a COLPENSIONES aceptar su traslado y a recibir el monto de los conceptos anteriores, así como a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente al actor al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin y el hecho de trasladarse a otra AFP, no subsanaba la información que debió darse en el primer traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 17 de agosto de 1959 (pág. 30 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 1° de marzo del 2021 (págs. 114 a 118 ibidem) y ante COLPENSIONES el 5 de marzo de 2021 (Pág. 121 a 126 ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional-tenía 61 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba

---

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

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 123,57 semanas, que corresponden a 2 años, 4 meses y 21 días (*Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 1 expediente digital pág. 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.

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 **12 de octubre de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre del 2000** (págs. 74 y 76, «05ContestacionDemandaPorvenir.pdf»), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

*«(...)*

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

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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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.

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

---

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a

22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte

---

*“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».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (*Audiencia del 20 de octubre del 2022, Récord: 9:15*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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 76, Archivo 5 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de octubre del 2000, efectivo el 01 de diciembre del 2000) 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 CSJ SL12136-201, 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 74, Archivo 5 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, ibidem.

Frente al de traslado a diversas AFP como indiciarios de los actos de relacionamiento, 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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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» (Negritas y subrayas de la Sala).*

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 PORVERNIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (certificación pág. 49 Archivo 1 expediente digital), la transferencia de las cotizaciones y todos los costos cobrados por administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, con los respectivos frutos e intereses, debidamente indexados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, atendiendo la apelación propuesta en tal sentido y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que, PORVENIR además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los

respectivos intereses, **deberán retornar** las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que el 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.

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 a PORVENIR 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. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP PORVENIR, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

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

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

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).*

Precisando, respecto 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 del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ

Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia CSJ 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 (...)*».

Por otro lado, 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, 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 5, *Archivo 6 expediente digital*), y como argumento del recurso de apelación por parte de PORVENIR S.A. (*págs. 23 y 24 Archivo 5 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 la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar frente a los argumentos de inconformidad de PORVENIR 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

---

<sup>8</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 15 de julio del 2022 (*Archivo 8 expediente digital*).

administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1° del artículo 392 del C.P.C,

ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a éstas demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

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**

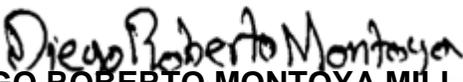
**PRIMERO: ADICIONAR** los ordinales **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES además de lo ordenado por la Juez de primer grado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

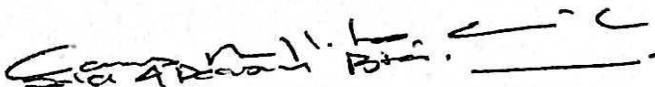
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA CRISTINA GIL GIL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PROTECCION S.A. (RAD. 15 2020 00479 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 27 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: Audio archivo 31, récord 1:19:35), en la que se resolvió:

*« PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora CLAUDIA CRISTINA GIL GIL del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. el día 11 de noviembre del año 1998 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a AFP SKANDIA, donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, a trasladar los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la misma correspondiente a aportes y rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural que genera esa ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva.*

*SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y no condenar en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.*

**TERCERO:** *Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.».*

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque la decisión de primer grado y se absuelva a su representada de todas las pretensiones señalando, que a la demandante si se le brindó información al momento de traslado a Davivir hoy Protección y que la misma si tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tan así que se traslada horizontalmente entre diferentes fondos del mismo régimen y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son considerados como actos de relacionamiento capaces de sanear la presunta deficiencia de la información brindada al momento del traslado.

Expresa que el hecho de no cumplirse con sus expectativas económicas no puede tenerse como una falta de información, para obtener el traslado de régimen.

Por otro lado, y en lo que tiene que ver con la orden del traslado de cotizaciones a Colpensiones, señala que al declararse la ineficacia se debe devolver la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos por lo que las AFP están en la obligación de devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, precisando el restablecimiento debe ser pleno, completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, solicitando que en caso de confirmarse la decisión se ordene la devolución de todo ello (*récord: 1:21:29, ibidem<sup>1</sup>*).

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría, de acuerdo a las instrucciones de mi representada y siendo la etapa procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia de la siguiente manera:

De acuerdo con los hechos y pruebas del presente proceso no puede concluirse en acceder a la pretensión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante, teniendo en cuenta que se pudo establecer que si se le brindó información al momento de traslado a Davivir hoy Protección y que la misma si tenía conocimiento de las características del régimen escogido tan así que se traslada horizontalmente entre diferentes fondos del mismo régimen y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son considerados como actos de relacionamiento capaces de sanear la presunta deficiencia de la información brindada al momento del traslado.

De la misma manera de acuerdo a lo dicho en el interrogatorio de parte, no debe ser tenido en cuenta para determinar una ineficacia, ya que una decisión libre y voluntaria la cual no cumple con sus expectativas económicas no concluye una falta de información, causal invocada para las pretensiones de la demanda.

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: Archivo 1 páginas 1 y 2), aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado del ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN, en consecuencia se ordene a SKANDIA y a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, igualmente solicita se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad, costas y gastos del proceso, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenando en consecuencia a SKANDIA S.A., como actual administradora a la que se encuentra afiliada la actora, a devolver a COLPENSIONES todos los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y, a COLPENSIONES a recibir dichos recursos, reactivar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.**

---

Por otro lado con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización que no se ordena su traslado, hay que indicar que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, en el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a su rendimiento financiero, esta declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, en otros términos la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello cada una de las debe devolver a la otra lo que recibió con el negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produjo efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia declaró la ineficacia, ahora entonces el restablecimiento debe ser pleno, completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Por lo antes expuesto solicito al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque la sentencia proferida y absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones de la demanda o en el caso de que considere que declara la ineficacia declarada en primera instancia, se ordene la devolución total de la cotización a mi representada, en tal sentido dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de agosto de 1965 (*página 79, archivo 1 expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PROTECCIÓN y SKANDIA el 31 de julio del 2020 y ante COLPENSIONES el 4 de noviembre del 2020 (páginas 80 a 83, archivo 1 expediente digital) esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse 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 187 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden 3 años 7 meses y 19 días (*Historia Laboral Consolidada aportada por Skandia pág. 26 Archivo 20 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales

---

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

obrantes en el proceso, acaeció el **11 de diciembre de 1998**, con fecha de efectividad a partir del **1 de febrero de 1999** (páginas 18 y 19, archivo 20 expediente digital) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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.

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>3</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o 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*

---

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

*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 S.A. antes DAVIVIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

***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

---

*“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».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>5</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1998, cuando trabajaba en la empresa QUAUNTIK LTDAD, ella y sus compañeros de trabajo fueron visitados por asesores de DAVIVIR, quienes en una reunión colectiva les hablaron de las ventajas que tendría el cambiarse a ese fondo privado, tales como la mayor rentabilidad de los aportes, que se podían pensionar a la edad que quisiera, que fue en lo que más se hizo énfasis, les sugirieron el traslado a esa administradora argumentando que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar; pero no se les 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. (página 18, 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 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

---

<sup>5</sup> Audiencia del 27 de septiembre del 2022, récord 14:19

consecuencias futuras. No obstante, esa administradora, PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR, no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

...

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los*

*usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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 de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. -antes DAVIVIR- omitió en el momento del traslado de régimen (11 de diciembre de 1998, efectivo el 01 de febrero de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Página 37, *Archivo 11 Historial de Vinculaciones*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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 SKANDIA S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el

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

Debe precisarse en este punto, atendiendo la apelación por Colpensiones, frente a la cual además, se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el ordinal primero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto ésta como SKANDIA deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo 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**».*

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

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

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

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 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 7, *Archivo 6 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

---

<sup>8</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 31 de marzo del 2022 (*25Ord202000477TienePorContestadaFijaFecha.pdf*).

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 **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

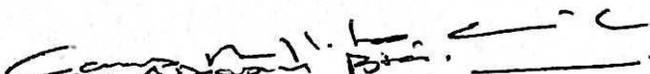
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ DARY SILVA  
RUEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 15 2021 00265 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 22 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: «47Audiencia22DeSept202100265.mp4», récord 01:47:29), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante LUZ DARY SILVA RUEDA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el día 20 de junio del año 1994 a través de la AFP PROTECCIÓN y como consecuencia de lo anterior, entonces, ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN, traslade los Recursos que obran en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta, que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna oportunidad tuvo la señora LUZ DARY SILVA y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se expuso en la parte motiva.*

*SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por la parte Demandada. CONDENAR EN COSTAS a PROTECCION S.A para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (1) un salario mínimo legal vigente del año 2022, a favor de la parte actora y NO CONDENAR EN COSTAS a favor ni en contra a Colpensiones.*

**TERCERO:** Si la presente providencia no fuera impugnada y dado el resultado desfavorable de la presente decisión y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revisen en el grado jurisdiccional de consulta».

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES presentó apelación parcial, con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización, precisando, de acuerdo a la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y se debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a rendimientos financieros, a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el mismo nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones, con efecto retroactivo y en virtud de ello cada una de las partes debe devolver la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales; por lo tanto, debe reintegrarse la totalidad de la cotización, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas a Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración<sup>1</sup> (récord: 1:49:13, 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 y la subsanación (Exp.**

**Digital: «01EscritoDemanda.pdf» y**

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría, de acuerdo a las instrucciones de mi representado y siendo la etapa procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877 de 2020, entre otras, ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado. En el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto a los rendimientos financieros. Esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el mismo nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En otros términos, la sentencia que declara la ineficacia tiene efecto retroactivo si en virtud de ello cada una de las partes debe devolver la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que éste no produjo efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia que declara la eficacia. Ahora entonces, el restablecimiento debe ser pleno o completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas a Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Por lo antes expuesto, solicito al honorable Tribunal de Bogotá sala laboral revoque la sentencia proferida en primera y solicito se ordene la devolución total, incluyendo gastos de administración y demás emolumentos a mi representada. En tal sentido, dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias».

«**10EscritoSubsanacionDemandaSubsanada.pdf**», págs. 1 y **respectivamente**), aspirando se declare INEFICAZ el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS-, con la AFP PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia, se encuentra AFILIADA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES; se ordene a Protección S.A., trasladar a COLPENSIONES de todos los valores recibidos por concepto de aportes a pensión al RAIS, como bonos, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, junto con los gastos de administración; a COLPENSIONES a recibirlos, se condene a lo extra y ultra petita, más las costas del proceso.

**Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenando en consecuencia a PROTECCION S.A., como actual administradora a la que se encuentra afiliada la actora, a devolver a COLPENSIONES todos los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y, a COLPENSIONES a recibir dichos recursos, reactivar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

---

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 15 de mayo de 1971 (pág. 7 «04AnexosPruebas2.pdf»), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de septiembre de 2020 (pág. 54, ib.), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 49 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 21,43 semanas (pág. 79 «37ContestacionDemandaProteccion.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 actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de junio de 1994**, con fecha de efectividad a partir del **1 de julio de 1994** (páginas 22 y 80, ib.) por afiliación que hiciera a COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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.

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» (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>3</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

---

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

*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

***«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 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 S.A., antes COLMENA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, 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*

(...).

---

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y del testimonio recaudado de la señora Nohora Beatriz Rodríguez Bayona<sup>5</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues ambas se limitaron a indicar que para el año 1994, en una reunión que les hicieron por parte del fondo privado decidió firmar el formulario de afiliación, pero no recordaba en el caso de la actora, información que le habían dado. La testigo quien fue la jefe de la demandante en ese momento, indicó que sólo hablaron de las bondades, básicamente que el dinero iba a tener rentabilidad, la que no tenía con el Seguro Social, porque ellos iban a trabajar el dinero y entonces eso iba a generar unos rendimientos, de modo que el dinero no se iba a desmejorar, por tanto el monto de la pensión iba a ser mejor que en el ISS; pero no le explicaron el modelo pensional del RAIS, no les hicieron proyecciones pensionales, no les informaron de la opción de retracto.

---

<sup>5</sup> Audiencia del 22 de septiembre de 2022, récord 16:49 a 43:39

Conforme tales medios 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 COLMENA, hoy PROTECCIÓN, 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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (páginas 22 y 80, 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 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, PROTECCIÓN S.A., no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la

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

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 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 S.A. -antes COLMENA- omitió en el momento del traslado de régimen (20 de junio de 1994, efectivo el 01 de julio de 1994) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

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 CSJ STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646, recientemente, se reiteró en la sentencia CSJ SL3465-2022.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (pág. 38, ib.), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, atendiendo la apelación por Colpensiones, frente a la cual además, se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el ordinal primero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo 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*

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

<sup>7</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021, SL2207-2021 y SL3465-2022.

*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**».*

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 CSJ 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 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 7,

<sup>8</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 28 de junio del 2022 (40Ord202100265FijaFechaAudiencia.pdf).

«35ContestacionColpensiones.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.

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**

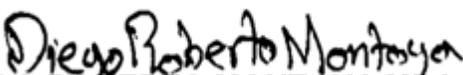
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de los conceptos allí indicados, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados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

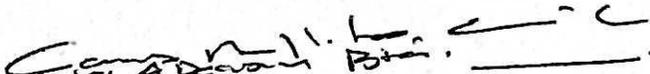
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNÁN PINEDA REY  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (16 2019 00750 01).**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 02 de junio de 2022 («23Parte2Audiencia02Junio2022Art80.mp4», récord 16:21), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por HERNÁN PINEDA REY del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 31 de octubre de 1996 a través de la AFP PORVENIR S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores en el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC reportado y los aportes pagados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el período en el que estuvo el afiliado a dicha AFP, comprendido entre el 9 de julio de 2001 y el 30 de agosto de 2002, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada, con cargo a sus propios recursos y conforme lo indicado.

**CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir tanto de PORVENIR S.A. como de PROTECCIÓN S.A. y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en el numeral inmediatamente anterior para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante y proceder en seguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de HERNÁN PINEDA REY, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, teniendo en cuenta los resultados del proceso.

**SEXTO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A. y a favor del demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

**SÉPTIMO:** De no ser apelada esta decisión, se remitirá al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, exclusivamente en favor de COLPENSIONES».

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

Así, en primer lugar, COLPENSIONES indicó, la sentencia tuvo en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, quien guardó silencio como consumidor; que la responsabilidad objetiva endilgada directamente en tener que recibir al demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento a quienes generaron este tipo de daños, probando entonces que no hubo diligencia en el momento de realizar el traslado con el demandante, cosa que no era exigible directamente a Colpensiones, por lo cual no debe asumir entonces la responsabilidad de dicha falta de comunicación. Precisando, Colpensiones es totalmente externo a este negocio jurídico, por ende, no puede verse afectado al tener que recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que eso generaría una afectación a la estabilidad financiera que no se tuvo en cuenta dentro de la sentencia de primera instancia.

Agregó, en el momento en que se realiza el traslado no era exigible una documentación externa o adicional a la que allegaron dentro del presente proceso y Colpensiones es la única de las intervinientes que no tienen una forma de demostrar una diligencia, toda vez que no existía una obligación a el Instituto de Seguros Sociales o el inicio de Colpensiones para poder demostrar la integralidad o una doble asesoría para el traslado de cada uno de sus afiliados<sup>1</sup> (Récord: 19:13).

A su turno, PORVENIR S.A., apeló la decisión señalando, el traslado de régimen pensional efectuado por el convocante a través de esa sociedad es completamente válido, por cuanto le brindó información pertinente y necesaria en los términos del artículo 30 del Decreto 663 de 1993, precisando que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, de hecho, el deber de explicarles las consecuencias del traslado nació solo a partir de la referida disposición, que las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial del régimen pensional del demandante, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que no se establece el deber de información que fue alegado por la parte actora y que pues determinó el despacho, básicamente bajo el entendido que para la fecha en que se realizó el traslado primigenio, es decir 1996 en el mes de octubre; y que, de acuerdo a los conceptos de la

---

*1 «Su señoría, no estando conforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación, el cual sustentaré la siguiente manera:*

*Debe tener de presente que los argumentos exhibidos en la sentencia no tuvieron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, es así que se debe tener en cuenta para la resolución del caso los siguientes aspectos.*

*En primera medida, las obligaciones legales y contractuales que tenía el trabajador conforme el Decreto 2241 del 2010, presentándose dentro de este caso un silencio en el consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada atención y revisión de sus negocios jurídicos.*

*En segunda medida, la responsabilidad objetiva endilgada directamente a mi representada en tener que recibir al demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento a quienes generaron este tipo de daños, probando entonces que no hubo diligencia en el momento de realizar el traslado con el demandante, cosa que no era exigible directamente a Colpensiones, por lo cual no debe asumir entonces la responsabilidad de dicha falta de comunicación.*

*Tercero, hay que tener en cuenta que las relaciones legales entre el demandante y al fondo primigenio de pensiones de fondos privados, Colpensiones es totalmente externo a este negocio jurídico, no puede verse afectado al tener que recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que eso generaría una afectación a la estabilidad financiera que no se tuvo en cuenta dentro de la sentencia de primera instancia, también en el momento en que se realiza el traslado no era exigible para tener en cuenta que los fondos privados realizaron una asesoría tal como lo expuso las sentencias de la Corte Suprema y no era exigible una documentación externa o adicional a la que allegaron dentro del presente proceso, hay que tener en cuenta que dentro de este proceso Colpensiones es la única de las intervinientes que no tienen una forma de demostrar una diligencia, toda vez que no existía una obligación a el Instituto de Seguros Sociales o el inicio de Colpensiones para poder demostrar la integralidad o una doble asesoría para el traslado de cada uno de sus afiliados.*

*Es por lo anterior y con base a los elementos materiales y circunstanciales y fácticos desarrollados dentro del presente caso que solicitó muy amablemente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la anterior sentencia y mantener incólume la afiliación del demandante con su fondo privado, muchas gracias».*

Superintendencia Financiera, las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial del régimen pensional del demandante, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que no se establece el deber de información que fue alegado por la parte actora, bajo el entendido que para la fecha en que se realizó el traslado primigenio, es decir 1996 en el mes de octubre, Porvenir no se encontraba en la posibilidad de realizar actuaciones como por ejemplo proyecciones de carácter pensionales a fines de determinar cuál sería el valor de la mesada pensional.

De igual modo, solicitó se tenga en cuenta que en el presente caso se presentaron actos de relacionamiento que se materializaron en los traslados de carácter horizontales que realizó la parte actora, dos adicionales al primigenio con PROTECCIÓN y nuevamente con PORVENIR S.A.

De otro lado, esgrimió no estar de acuerdo con la condena por concepto de gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, bajo el entendido de que se trata de rubros que se encuentran contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la cual básicamente determina que un porcentaje del 3% de la cotización va encaminada a realizar el pago de esos conceptos, de modo que no se descuentan por capricho, sino por acatamiento de un mandato de carácter legal. Asimismo, las primas cumplieron con su finalidad durante el tiempo de vinculación de la parte actora, bajo el entendido de que en efecto pues siempre estuvieron a disposición de cubrir las contingencias que se llegaran a materializar en riesgos como consecuencia la invalidez o de la muerte, realizando el pago pues de la respectiva pensión a que hubiere lugar a reconocer o con el pago de la suma adicional a la correspondiente aseguradora <sup>2</sup> (Récord: 21:53, ib.).

---

<sup>2</sup> «Gracias, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente, procedo a presentar recurso de apelación con la finalidad de que sea estudiado por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta los siguientes argumentos que procedo esgrimir:

*El primero, que denominó como cumplimiento del deber de información, para lo cual destacó que mi representaba Porvenir S.A cumplió con el deber de información, de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para la época, la cual básicamente no exige dar constancia escritural del informe del afiliado, se destaca que solo fue con la expedición del Decreto 2555 del año 2010 y el Decreto 2071 del año 2015, la Ley 1748 del año 2014 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, en la misma línea el ente gubernamental que vigila a las administradoras de fondos de pensiones ha sido enfático en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de afiliación, nacen en el ordenamiento jurídico únicamente a favor de la entrada en vigor del Decreto 2249 del año 2010, así las cosas el concepto 001 del 12 de junio del año 2017 la Superintendencia Financiera mencionó lo cual cito de manera muy breve abro comillas “la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrado a partir del primero de julio del año 2010, fecha de entrada en vigor del Decreto 2241 del año 2010”, ese mismo concepto fue tenido en cuenta o objeto de pronunciamiento por parte de la Superintendencia Financiera en el mismo sentido en el concepto 910 del 21 de diciembre del año 2015, que pues no citó teniendo en cuenta que es similar al que acabo de mencionar, se hace indispensable igualmente señalar que las obligaciones generales y especiales vigentes para Porvenir al momento de realizar el traslado inicial del*

Finalmente, PROTECCIÓN S.A. apeló la decisión solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar a Colpensiones la comisión de administración y la prima de seguros previsionales por ser descuentos autorizados a través de la Ley 100 de 1993, artículo 20, que faculta y autoriza a los fondos de pensiones para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones y opera en ambos regímenes; de lo contrario, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues son unos dineros que ni siquiera son destinados a financiar la pensión de vejez, toda vez de que lo utilizará Colpensiones como la misma Comisión de Administración que cobran ellos; de tal modo, de la buena gestión que tuvo PROTECCIÓN con respecto a la cuenta individual, protección tiene el derecho de conservar esta comisión como una restitución mutua a su favor y no tener que devolverla a Colpensiones, lo cual encontraba respaldo en la sentencia CSJ rad. 31989 de 2008 y el Concepto de la Superintendencia Financiera; precisando, lo mismo ocurría con la prima del seguro provisional, ya girada a una aseguradora para el caso pues de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, inclusive fue pagada mes a mes a la aseguradora durante la vigencia o la cobertura de la parte demandante de esos riesgos y el caso de la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato, ni tampoco estaba dentro de la presente litis.

Señaló que para estos casos opera la prescripción toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian

---

*régimen pensional del demandante, se encuentran establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que no se establece el deber de información que fue alegado por la parte actora y que pues determinó el despacho, básicamente bajo el entendido que para la fecha en que se realizó el traslado primigenio, es decir 1996 en el mes de octubre, mi representada Porvenir se encontraba en la posibilidad de realizar actuaciones como por ejemplo proyecciones de carácter pensionales a fines de determinar cuál sería el valor de la mesada pensional de la parte actora en el hipotético caso que siguiera vinculado con mi representada, en atención a que se desconocían situaciones de carácter futuro que tendría una incidencia directa respecto al valor de la mesada pensional como el ingreso base de cotización y si realizaría aportes o no al sistema pensional eh pues situaciones que sin duda alguna tiene un carácter directo respecto del valor de la mesada. En la misma línea como se puso de presente al momento de presentar los alegatos que se tenga en cuenta la sentencia de SL 3752 del año 2020 por parte de la Sala, en el entendido que en el presente caso se presentaron actos de relacionamiento que básicamente se materializaron en los traslados de carácter horizontales que realizó la parte actora, dos adicionales al primigenio con Protección y nuevamente con Porvenir S.A.*

*Bueno en segundo lugar, en la parte resolutive de la decisión la señora juez condenó a los conceptos de gastos de administración igualmente de las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, para lo cual básicamente reitero lo expuesto los alegatos de conclusión, bajo el entendido de que se trata de rubros que se encuentran contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, la cual básicamente determina que un porcentaje del 3 por ciento de la cotización va encaminada a realizar el pago de esos conceptos, es decir los gastos e igualmente las correspondientes primas, de modo que no es un capricho de mi representada ni de las administradoras de fondos de pensiones en general, de realizar descuentos en ese sentido sino porque simplemente están acatando un mandato de carácter legal respecto del valor de la cotización, en ese caso de la parte actora que se hizo desde su vinculación en dos oportunidades en el 96 y posteriormente en el año 2002 con Porvenir S.A.*

*Respecto de las primas poner de presente igualmente a la Sala que básicamente esos valores cumplieron con su finalidad durante el tiempo de vinculación de la parte actora con mi representada, bajo el entendido de que en efecto pues siempre estuvieron a disposición de cubrir las contingencias que se llegaran a materializar en riesgos como consecuencia la invalidez o de la muerte, realizando el pago pues de la respectiva pensión a que hubiere lugar a reconocer por parte de mi representada por intermedio o con el pago que realice la suma adicional la correspondiente aseguradora, en ese orden de señora juez doy por sentado el recurso de alzada, muchas gracias».*

directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben, de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del CST, en armonía con el artículo 151 del CPTSS gastos administración<sup>3</sup> (Récord: 26:39. 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y la subsanación (páginas 5 y 6, «07 Subsanacion (fls 227 a 261).pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 5, ib.), aspirando principalmente se declare la *anulación por ineficacia* al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES afiliarla como si nunca se hubiera ido del RPMPD. Se a la AFP**

---

<sup>3</sup> «Gracias señora juez por el traslado, me permito sustentar el recurso y presentar el recurso de apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá, solicitando que se revoque la sentencia que se acaba de proferir en lo relativo a la condena a Protección a trasladar comisiones de administración y seguros previsionales dispuestos esto en la presente sentencia en el numeral tres, el cual sustentó con los siguientes argumentos:

*Como conocemos, la comisión de administración y la prima de seguros previsionales son descuentos autorizados a través de la norma, a través de la Ley 100 de 1993 artículo 20 y así mismo con su respectiva reforma del artículo séptimo la Ley 797 de 2003, esto es una plena facultad a la AFP para que realice o que para que realice esa deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones y bien ese 3% es utilizado para pagar los gastos de administración y también para pagar las primas de seguros previsionales y está operando en ambos regímenes, es decir que tanto el régimen de ahorro individual con solidaridad como el régimen de prima media opera este fenómeno, adicionalmente a eso dentro del expediente pues obra el certificado de los rendimientos generados de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión que realizó en ese entonces ING Santander hoy Protección con respecto a los aportes que durante el tiempo que estuvo vinculado la parte demandante, entonces tenemos que con esta condena de primera instancia donde ordena a mi representada a devolver las comisiones de administración y los seguros previsionales, lo que se está constituyendo es un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar una pensión de vejez, toda vez de que la parte demandante este valor lo utilizará en Colpensiones como la misma Comisión de Administración que cobran ellos, ya se nota o se evidencia el certificado de los rendimientos de la buena gestión que tuvo protección con respecto a la cuenta individual, por lo cual protección tiene todo el derecho de conservar esta comisión como una restitución mutua a su favor y no tener que devolverla a Colpensiones, justificó eso en el artículo 1746, asimismo como en la sentencia con radicación 31989 del 9 de septiembre del año 2008 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala laboral, sentencia del magistrado ponente Eduardo López Villegas, igualmente también se ha manifestado frente a esos procesos pues la Superintendencia Financiera de Colombia, órgano que genera la vigilancia sobre los fondos de pensiones, indicando que cuando se de aplicación a un proceso de traslado, en este caso de ineficacia, pues se solicita que se de aplicación al artículo séptimo del Decreto 4995 y esto es que se pueda establecer cuando se trasladó de régimen, pues se traslade los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, los saldos, el Fondo de Garantía de pensión mínima, pero que se respeten los aportes pensionales realizados a través de la gestión de la buena administración de las administradoras de fondos de pensiones, así mismo también se opera frente a el fenómeno de la prima del seguro provisional, pues se debe manifestar que está ya fue girada a una aseguradora y para el caso pues de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, pues dichos conceptos inclusive de la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante la vigencia o la cobertura de la parte demandante de esos riesgos y pues en el caso pues de la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el presente contrato ni tampoco estaba dentro de la presente litis.*

*Dos argumentos adicionales para el tema de esta apelación señores magistrados y el primero tiene que ver con el tema de que si se ratifica esta condena a Protección pues estaríamos incurriendo con una condena a mi representada directamente del patrimonio de Protección, toda vez que esas comisiones de administración y primas de seguros previsionales pues estaría en presencia de esta condena de unos perjuicios patrimoniales de Protección lo que tendría que revisarse a luz de una responsabilidad civil con los alimentos propios de esta y pues en el presente proceso solamente fue debate el proceso de ineficacia, por lo cual no se causó la misma y finalmente indicarles que el proceso directamente de la Comisión de Administración y las de seguros previsionales opera el fenómeno de prescripción toda vez que los mismos se cobran de acuerdo a la norma en la forma periódica que establece, con lo cual si les aplica el fenómeno prescriptivo que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral que establece que en el transcurso del tiempo de 3 años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones formuladas, muchas gracias señora juez».*

PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho Fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil. Condenar a PORVENIR S.A., en caso de haberse otorgado pensión al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagándola hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, con el propósito no quedar desprotegido de su derecho pensional. Además, se condene a lo extra y ultra petita, más las costas y gastos del proceso. **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 el 31 de octubre de 1996, ordenando a esa AFP el traslado a COLPENSIONES de aquellos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, todo ello, de forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores en el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC reportado y los aportes pagados. Ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el período en el que estuvo afiliado a dicha AFP, comprendido entre el 9 de julio de 2001 y el 30 de agosto de 2002, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses si los hubiere. Ordenó a COLPENSIONES aceptar su traslado y a recibir el monto de los conceptos anteriores, así como a reflejarlos en su historia laboral con la respectiva imputación de pagos. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin y el hecho

de trasladarse a otra AFP, no subsanaba la información que debió darse en el primer traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 04 de junio de 1955 (pág. 40, «02 AnexosDda (fls 09 a 188).pdf»), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 29 de julio de 2019 (Págs. 61 a 33, ib.), esto es, cuando ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho pensional-tenía 64 años-; de otra parte, se tiene, el actor 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 276.86 semanas, que corresponden a 5 años, 3 meses y 20 días (pág. 31 «CONTESTACION HERNAN PINEDA REY 2019 750.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 el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de octubre de 1996, con fecha de efectividad a partir del 1° de abril de 2.000** (págs. 28 y 75, ib.), por afiliación que hiciera a

---

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

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 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 SL1688-2019).

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

*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:

---

<sup>5</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR.

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

---

<sup>6</sup> «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

*“(…).*

sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, 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.**

---

“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 el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante<sup>7</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se trasladó al fondo privado, donde le indicaron que con el mismo aporte iba a tener una pensión superior, que el ISS estaba en crisis e iba a cerrar, los fondos privados eran muy estables, la pensión era heredable y que se podía pensionar anticipadamente. Que la reunión fue grupal inicialmente, después fueron individualmente y se trasladó por considerar que era más ventajoso. No se fue presionado para firmar el formulario de afiliación, no se le informó sobre las diferencias entre el RAIS y el RPM, en el año 1994, tampoco sobre las

<sup>7</sup> Audiencia del 02 de junio de 2022, récord 22:43, «22Parte1Audiencia02Junio2022Art80.mp4».

modalidades pensionales del RAIS. Que hizo traslados en otros fondos, pero que ello obedeció al hecho de trabajar en varias universidades. No ha recibido Re asesoría, situaciones que en manera alguna puede entenderse, como que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

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

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 75, «*CONTESTACION HERNAN PINEDA REY 2019 750.pdf*»), 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 se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. 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.

5

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 200, cuando se produjo el traslado efectivo 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, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de octubre de 1996, efectivo el 01 de abril de 2.000) 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 CSJ SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la

posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Página 28, ib.), 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, ibidem.

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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (pág. 71, ib.), la transferencia de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores en el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC reportado y los aportes pagados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que 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.

De igual modo y para resolver las apelaciones propuestas por las AFP accionadas, debe indicarse, se confirmará la orden impuesta en torno a que tanto PORVENIR como PROTECCIÓN S.A., debe devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos intereses, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>8</sup>, los valores utilizados en seguros previsionales, empero se adicionarán los ordinales 3 y 4 de la sentencia, para ordenar la devolución de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>9</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Lo anterior, por así haberlo considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 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**».*

De este modo, resulta acertada 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.

<sup>8</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>9</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP PORVENIR, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

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).*

Precisando, 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. 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 CSJ 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 (...)».*

Por otro lado, 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, 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>10</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 13, «*Contestación De La Demanda Proceso 2019-750.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

---

<sup>10</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 23 de septiembre de 2021 («22 AutoContestaDda (fls 341 a 342).pdf»).

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

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 discurredo, 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 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,

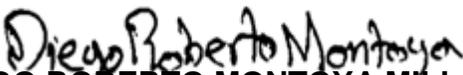
## **RESUELVE**

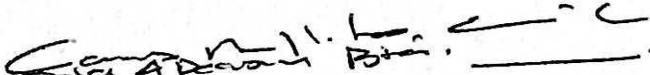
**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales **TERCERO** y **CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos intereses, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con los valores utilizados en seguros previsionales, deberán retornar 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 afiliado 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFREDO GONZALEZ  
VILLEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (RAD. 16 2020 00239 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de agosto del 2022 (Exp. Digital: *Audio archivo 28* récord: 1:27:07), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor ALFREDO GONZÁLEZ*

*VILLEGAS identificado con cedula de ciudadanía N°10.266.214 el día 29 de abril de 1994 por ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y como consecuencia de lo anterior, se condena al mencionado fondo privado, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante, con destino a COLPENSIONES. Incluyendo todos los valores correspondientes a capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, y en general, todos los valores que se haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual en favor del demandante.*

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir los recursos conforme a lo condenado en el numeral que antecede, y a tener al demandante, como afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca hubiese dejado de pertenecer al mencionado régimen. Para lo cual, traducirá en igual número de semanas cotizadas, conforme a las que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente, y de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y COLPENSIONES respectivamente por concepto de agencias en derecho, practíquese la liquidación por secretaria.»

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES la apeló únicamente en lo que tiene que ver con la condena en Costas señalando que el negocio jurídico realizado por el demandante y su administradora de fondos AFP Colfondos de pensiones, fue realizado de manera libre y voluntario por esas partes, sin que Colpensiones tuviera injerencia en las decisiones que tomaron, precisando brilla por su ausencia cualquier solicitud realizada por el demandante ante Colpensiones para que le explicara o desarrollara algún trabajo con él para que no se trasladara de Colpensiones a su AFP, razón por la cual solicita sea absuelta de esas agencias y costas<sup>1</sup>. (récord: 1:29:35, ibidem).

---

<sup>1</sup> Gracias señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación únicamente en lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la cual fue condenada a mi prohijada respecto a la decisión tomada por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral profiera sentencia que absuelva a mí representaba de estas costas y agencias en derecho por las siguientes razones:

En primera medida, el negocio jurídico realizado por el demandante y su administradora AFP Colfondos de pensiones, fue realizado de manera libre y voluntario por esas partes, se evidencia en el interrogatorio de parte que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones ni el Instituto de Seguros Sociales tuvieron injerencia en las decisiones que tomaron tanto el demandante como la demandada Colfondos, así mismo brilla por su ausencia cualquier solicitud realizada por el demandante ante Colpensiones para que le explicara o desarrollara algún trabajo con el para que no se trasladara de Colpensiones a su AFP.

Por tal motivo señoría, solicito estas agencias y costas sean absueltas a mi representada, por cuanto figura su representación inactiva dentro del negocio jurídico que plantearon las partes, muchas gracias señoría, en los anteriores términos dejo por sentado mi recurso de apelación.

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Archivo 7 expediente digital página 2), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 y 2, ibidem),** aspirando se declare la ineficacia del formulario de afiliación con el que se efectuó el traslado de régimen pensional, en consecuencia se condene a COLFONDOS a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes para pensión con los rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, así mismo se condene a Colpensiones a recibirlo, se condene en costas procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante, incluyendo todos los valores correspondientes a capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, y en general, todos los valores que se haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual en favor del demandante 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 COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>2</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de septiembre de 1964 (páginas 3 y 4, Archivo 2 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de febrero del 2020 (página 14, 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 200,86 semanas cotizadas al sistema equivalentes a 3 años, 10 meses y 26 días de aportes (Archivo 12 expediente digital página 12) y 29 años de edad cumplidos, 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 **29 de abril de 1994 con fecha de efectividad 01 de mayo de 1994** (páginas 15 y 17, Archivo 10 expediente digital), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe

---

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

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*<sup>3</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código

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

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

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

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

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

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

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.*

*Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

---

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

#### ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la***

*“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.*

*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 demandante<sup>5</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1994, como trabajaba para el grupo SANTO DOMINGO quien era el dueño de COLFONDOS fue afiliado allí por orden expresa de su empleador, razón por la cual, el asesor de esa AFP únicamente se dedicó a diligenciar los formularios, pero nunca le informó 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 COLFONDOS, 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 COLFONDOS S.A. (página 15 Archivo 10 expediente digital), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias 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

---

<sup>5</sup> Audiencia del 17 de agosto de 2022, récord 36:39

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 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:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (29 de abril de 1994, efectivo el 01 de mayo de 1994) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A. 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 el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal PRIMERO del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, COLFONDOS debe devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos ordenados, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, como también 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.

---

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

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

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 adoctrino 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 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 COLPENSIONES<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 12, *Archivo 12 expediente digital*), 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

---

<sup>8</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de julio del 2022 (Archivo 12 expediente digital).

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)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a 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 la demandada COLPENSIONES.

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**

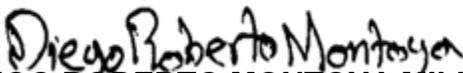
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los saldos y rendimientos allí ordenados, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados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

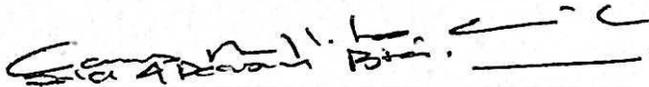
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO BENICIO ARIAS PABON CONTRA CHEVROM PETROLEUM COMPANY (RAD. 16 2021 00198 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y por la demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio del 2022 (*audio archivo 10 expediente digital Récord: 1:23:46*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que al demandante, señor JAIRO BENICIO ARIAS PAVÓN, identificado con cédula de ciudadanía número 19.276.758, le asiste derecho a que por parte de la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY se le reconozca y pague a partir del año 2019, la totalidad de la mesada pensional, la totalidad de la mesada extraordinaria o adicional de junio, teniendo en cuenta el valor que corresponde al 100% de la mesada que reconocía y pagaba la demandada como pensión voluntaria antes de que fuera compartida tal pensión con la Administradora Colombiana de Pensiones, valor que para junio de 2019 corresponde a \$5.364.822 y que deberá reajustarse anualmente conforme a la ley.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada en forma parcial la excepción de pago, propuesta por la demandada y en tal sentido, se le autoriza a descontar de las condenas que ha de realizar, los valores por pago parcial que realizó de mesadas pensionales adicionales de junio a partir del año 2019 y que lo fueron para 2019 el valor de \$800.051, para 2020 \$830.453 y para 2021 \$843.823. Y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY a pagar al demandante las diferencias que surgen de las declaraciones que anteceden, correspondientes a la mesada adicional de junio a partir del año 2019 y en adelante, junto con sus reajustes anuales de ley, teniendo como mesada adicional del año 2019 el valor de \$5.364.822 moneda corriente, conforme lo expuesto.

**CUARTO:** Se ordena a la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY que las diferencias condenadas a pagar en favor del demandante en la presente sentencia deberán ser pagadas de manera indexada, teniendo como parámetro los índices de precios al consumidor, teniendo como índice inicial el de causación de cada mesada adicional de junio y como índice final el vigente aquél en el momento en que se efectúe el pago total de las diferencias adeudadas.

**QUINTO:** Se condena en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de uno y medio salario mínimo legal mensual vigente como valor de las agencias en derecho.

**SEXTO:** Se absuelve de las condenas no acogidas en la presente sentencia.”

Contra lo decidido, el apoderado del demandante la apeló únicamente en lo que tiene que ver con la absolución de los intereses moratorios considerando existe mora en el pago de la mesada 14, así sea de manera parcial pues el pago efectuado es inferior al 20% de lo que correspondía pagar, luego, efectivamente, si existe una mora injustificada, señalando la parte demandada actuó en contra de lo que ella misma aceptó en la audiencia de conciliación, por lo que existe una negativa que no es conforme a derecho, y por ende procede su condena (*audio archivo 10 expediente digital Récord: 1:27:58<sup>1</sup>*).

Por su parte la demandada señala en su impugnación que si bien se le reconoció al demandante una pensión voluntaria, la misma se convirtió en legal y por ende las normas que prevén la compatibilidad expresan que solo deben cancelar el mayor valor de la pensión, por lo que a su juicio a partir del 2019 cuando la pensión se compartió solo procede el pago del mayor valor consagrado entre lo

---

<sup>1</sup> Sí, señor juez, muchas gracias, respetuosamente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra específicamente contra la parte que niega el reconocimiento de los intereses moratorios y concede la indexación, bajo el entendido que efectivamente el señor juez considera que no es aplicable la norma de la Ley 100 de 1993, por cuanto esa norma consagra la causación de intereses moratorios únicamente cuando existe mora en el pago de las mesadas pensionales, aquí hubo solamente un pago parcial, efectivamente, de todas formas considera este apoderado que existe mora en el pago de la mesada 14, así sea parcialmente existe mora en dicho pago, mucho más cuando el pago parcial es totalmente insignificante, es inferior al 20% de lo que correspondía pagar, luego, efectivamente, si existe una mora injustificada, además, en el pago de esa prestación, teniendo en cuenta que fue el en la conciliación que aportó la parte demandada, en donde se estableció no solamente que el valor a pagar era el valor reconocido por el ISS o el fondo de pensiones, sino que además iba a ser la diferencia del que venía pagando dice expresamente el acta de conciliación.

Entonces, efectivamente, acá no se trataba y si bien se trataba de un asunto de derecho, es evidente que la parte demandada actuó en contra de lo que ella misma aceptó en la audiencia de conciliación, luego, si existe una mora y si existe una negativa que no es conforme a derecho, existe una negativa que no es conforme a derecho al para el reconocimiento y pago de ese mayor valor y ese pago completo de la mesada 14, en virtud de lo anterior, en esos términos dejo sustentado el recursos, muchas gracias señor juez.

que venía pagando la empresa y lo que le reconoce la entidad de Seguridad Social, de tal manera que esa diferencia son los \$800.051 que se cancelaron a partir del 2019.

Aduce que al no acordarse que Chevron Petroleum Company anteriormente mejor Texas Petroleum Company, asumiera un monto distinto de la diferencia matemática entre el mayor valor que le reconocía de la pensión voluntaria con la pensión de vejez, solo puede reconocer el monto que da ese mayor valor al no estar estipulado que la empresa asumiera un monto distinto o superior.

Por otro lado, indica que la mesada del demandante supera el salario mínimo por lo que solo puede devengar 13 mesadas (*audio archivo 10 expediente digital Récord: 1:30:06<sup>2</sup>*).

---

<sup>2</sup> Sí, su señoría en forma respetuosa, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de pronunciar el despacho en relación con los numerales, primero, segundo, primero perdón, tercero, cuarto quinto y sexto, en relación con el pago de la mesada 14.

Si bien es cierto, el despacho ha hecho un pronunciamiento, precisó y exacto de los puntos que en derecho considera y las normas que se consideran aplicar, de manera respetuosa insisto en que pues esta pensión, que en un momento fue voluntaria, luego se convirtió en legal y al convertirse en legal, pues las normas que pues precisamente se han tenido en cuenta en la parte de considerandos del fallo, prevén la compatibilidad de sí bien de la pensión, pero una vez que se comparte, solamente para nosotros ha quedado el mayor valor de la pensión, toda vez que mi representada, pues tenía a su cargo dicha pensión voluntaria.

En consecuencia, a partir del 2019 la pensión se vuelve compartida y no hay lugar, sino a pagar el mayor valor que dicen las normas y la norma. dice que pues el mayor valor está consagrado entre lo que venía pagando la empresa y lo que le reconoce la entidad de Seguridad Social, de tal manera que esa diferencia son los \$800.051 que se consagran a partir del 2019, qué es real el monto entre lo que le reconoce Colpensiones y lo que venía pagando mi representada, pensamos que jurídicamente es posible aplicar el mismo criterio que se tuvo en cuenta por parte del Honorable Tribunal de Bogotá en la sentencia a que se hizo mención del 26 de junio del 2019, toda vez que en este caso también las partes no acordaron un mayor valor diferente al que se ha reconocido y no al que ha dejado de pagar el ente de Seguridad Social, pues si bien la reforma constitucional trae en estos casos que solamente serían 13 mesadas y hace la excepción, cuando la pensión es superior al salario mínimo legal, este punto también frente al demandante, es posible tenerlo en cuenta, toda vez que su mesada, sin duda alguna y de acuerdo, desde luego con las nóminas que obran en el proceso, es muy superior a los 13 salarios, a los 3 salarios mínimos, de tal manera que al no acordarse por mi representada y el demandante que Chevron Petroleum Company, actualmente, anteriormente mejor Texas Petroleum Company, asumiera un monto distinto de la diferencia matemática entre el mayor valor que le reconocía la pensión de por voluntarios, con la pensión de vejez, entonces entra allí a sólo reconocer el monto que da ese mayor valor y al no tener estipulado, como decían las normas, que la empresa asumiera un monto distinto o superior, entonces se cumple también con el criterio antes expresado.

A su vez, insisto, respetuosamente, la mesada del demandante es o supera el salario mínimo, al superarlo, pues entonces solo es posible reconocerle las 13 mesadas y esas 13 mesadas en nuestro respetuoso criterio, por supuesto, tienen que ser de un mismo valor y la misma norma de mesada 14, consagra que es una mesada accesoria de acuerdo con la Ley 100 de 1993. En ese caso, pues al ser una mesada accesoria cubre o mejor no cubre, sino es de un mismo valor y es posible cancelarla con el quantum que se está reconociendo por mi representada. Así las cosas, y teniendo en cuenta la sentencia ya remitida, pues dejó en claro que presentó el recurso de apelación, agradezco el tiempo su 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 del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (páginas 1 y 2 del Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 2 y 3 ibídem, aspirando principalmente se declare que la demandada esta obligada a pagar la totalidad de la mesada 14 desde junio del 2019, en consecuencia se condene al pago de la mesada en cuantía de \$5.364.822 junto con los reajustes anuales, los intereses moratorios, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, pues se accedió al reconocimiento del pago total de la mesada adicional a partir de junio del 2019, disponiendo su pago debidamente indexado, luego de considerar que las partes conciliaron el reconocimiento de la pensión extralegal, por lo cual el actor tiene un derecho adquirido pues se le venía pagando desde el años 2002 la mesada 14, sin tener incidencia la promulgación del Acto Legislativo 01 del 2005, pues el derecho fue adquirido antes de su vigencia, precisando el mayor valor de la pensión que debía asumir la empleador en punto a la mesada adicional de junio constituye el 100% y no la diferencia entre lo que venía pagando y lo reconocido por Colpensiones , de modo que dispuso el pago total de la mesada ordenado cancelar al actor las diferencias que existen en el valor de dicha mesada. Absolvió de los intereses moratorios pues indicó que no proceden por el pago incompleto de las mesadas.

Previo a abordar el estudio de los motivos expresamente sustentados en los recursos de apelación, es menester precisar, conforme se acredita en las páginas 56 a 58 del Archivo 6 del expediente digital, en su momento TEXAS PETROLEUM COMPANY reconoció una pensión voluntaria al demandante, mediante conciliación llevada a cabo el 19 de diciembre del 2002, en cuantía de \$2.498.555 mensuales a partir del 31 de diciembre del 2002, acta en la cual se indicó *“Esta pensión voluntaria, en la eventualidad que la Empresa por Ley tenga que reconocer pensión, se convertirá en la legal, y una vez el I.S.S., reconozca pensión, la Empresa continuará pagando únicamente la diferencia si existiere,*

entre el valor que esté reconociendo la Compañía, y lo que le pague por pensión dicho Instituto"; así mismo, en las páginas 64 a 70 del mismo archivo, se incorporó la Resolución SUB 15115 del 19 de enero del 2019, por medio de la cual Colpensiones, reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 25 de abril del 2018, en cuantía de \$4.424.085.

De esta manera, la controversia planteada se circunscribe en primer lugar a dilucidar si el demandante tiene derecho a recibir de CHEVRON PETROLEUM COMPANY, la mesada adicional de junio completa que le fue cancelada a partir de junio del 2019 en un valor inferior al reconocido inicialmente, aspiración a que se oponga dicha pasiva con fundamento en que al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones, esta quedó a cargo únicamente con el mayor valor entre la reconocida por Colpensiones y la cancelada por ello.

A efecto de resolver, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, "*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*"<sup>3</sup>

Ahora bien, de conformidad con las pruebas allegadas se tiene que la accionada Chevron Petroleum Company, venía reconociendo la mesada adicional de junio o mesada 14 al pensionado aquí demandante, lo cual se verifica con la documental remitida al demandante por Chevron Petroleum Company que corresponde a los soportes de los pagos realizados en los años 2003 a 2014 denominados "ACUMULADOS X MES/EMPLEADO/CONCEPTO" en los cuales se ve claramente el pago total de la mesada 14 en el ítem No. 160 hasta el año 2014; sin embargo una vez reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones tan solo le cancelo por dicha mesada el mayor valor que le correspondía, esto es, de \$800.0051 la cual antes de ello era de \$5.364.822 -ello de conformidad con la comunicación remitida por la demandada al actor pág. 75 Archivo 1 expediente

---

<sup>3</sup> "*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, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento*".

(...)

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

digital- y cuyo comprobante de nómina fue aportado con la contestación de la demandada corroborándose lo anterior.

Código	Descripción	Cantidad	Pagos	Descuentos
P375	MESADA ADICIONAL 14	1,00	800.051,00	0,00
P005	MESADA PENSIONAL	30,00	800.051,00	0,00
D312	APORTE OBLIGATORIO SALUD PENSIONADO	0,00	0,00	99.374,00
D607	POLIZA DE HOSP Y CIRUGIA	30,00	0,00	101.728,00
D815	UNAPEMTEX	0,00	0,00	41.255,00
<b>TOTALES:</b>			<b>1.600.102,00</b>	<b>242.357,00</b>

Así las cosas, queda claramente vislumbrado, a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones (19 de enero del 2019) el demandante venía percibiendo la mesada 14, habiéndose subrogado en la Administradora Colombiana de Pensiones únicamente en el pago de 13 mesadas pensionales al año, por cuanto el reconocimiento pensional por vejez se realizó con posterioridad a la entrada en Vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, quedando a cargo de Chevron Petroleum Company, el valor superior o mayor valor que venía siendo reconocido al demandante.

De tal manera, y en punto a la apelación de la demandada, a juicio de la Sala, dentro del concepto “*mayor valor*”, encaja perfectamente la totalidad de la mesada adicional anhelada por el actor, que venía siendo pagada por la compañía demandada, pues lo cierto es que no es factible a ésta enjuiciada sustraerse de una obligación adquirida con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no subrogada en cabeza Colpensiones como lo es la mesada catorce, y que por lo tanto se mantiene incólume, pues quedó claro en la conciliación celebrada entre las partes, que correspondía a la enjuiciada reconocer y pagar la diferencia entre la pensión otorgada por el otro organismo si ésta fuere menor que la pagada por Chevron, por lo que, es el empleador quien debe asumir el pago de ese mayor valor en el que incuestionablemente se encuentra incluida la mesada catorce o mesada adicional de junio.

El planteamiento anterior se encuentra acorde con la posición expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida dentro de la radicación No. 81895 del 19 de agosto del 2020 – SL 3340, en la cual, en un caso de similares connotaciones consideró:

*“En efecto, la pensión convencional reconocida en favor del demandante incluyó la mesada adicional de junio, toda vez que aun cuando se causó en noviembre de 1994, en todo caso quedó cubierta por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin verse afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, al consolidarse antes de su vigencia.*

*No ocurrió lo mismo con la prestación concedida por el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que se causó después de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, además, supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, de cara a la pensión legal, el actor no generó el derecho a percibir 14 mesadas anuales y, por tanto, dicho instituto tampoco tenía a su cargo el cuestionado reconocimiento.*

*Si lo anterior es así, **debe precisarse que la totalidad de la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional, razón por la cual la misma debe pagarse de manera íntegra**, toda vez que la administradora de pensiones no tiene a su cargo esa «mesada catorce»; luego, no es posible obtener una diferencia entre la una y la otra.*

*Lo anterior, toda vez que el artículo 43 del Decreto 692 de 1994, establece:*

*Artículo 43. Mesada adicional. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, el sector privado y el ISS, así como los retirados y pensionados de las fuerzas militares y de la policía nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° 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.*

*(...)*

*Parágrafo 1o. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual. **En los casos de pensión de pago compartido, la mesada adicional se cubrirá por el ISS y el empleador en proporción a la cuota parte que esté a su cargo, siempre que el empleador haya reconocido la pensión de jubilación con anterioridad al año de 1988.***

*(...)*

*De la lectura del primer párrafo de la norma transcrita, **si bien es posible entender que el empleador y el ISS deben pagar conjuntamente la mesada adicional por el hecho de la compartibilidad pensional, lo cierto es que de ese enunciado no se desprende que ello deba ser así en todos los casos. De suerte que la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de «mesada catorce», es del 100%.***

Igualmente, en la sentencia SL 3422 Radicación No. 88582 del 27 de septiembre del 2022 la misma Corporación indicó:

*“... la finalidad de la compartibilidad pensional es precisamente la asunción del riesgo por parte de la entidad de seguridad social, por lo que debe entenderse que el beneficiario recibe una sola pensión de vejez, pero totalmente equivalente a la que le pagaba el empleador, de modo que si al cotejarlas existen diferencias económicas derivadas de que en la pensión legal de vejez se deja de recibir una mesada adicional que le reconocía el empleador, este debe asumir su valor (CSJ SL671-2021). Precisamente, en esta decisión la Corte asentó:*

*(...) la compartibilidad pensional genera un doble efecto: (i) beneficia directamente al empleador en la medida en que, como se ha explicado, puede subrogarse total o parcialmente de la obligación pensional a su cargo, y (ii) constituye una garantía frente al pensionado por cuanto el valor de la prestación, así como el número de mesadas reconocidas no puede verse alterado, de manera tal que, si la pensión primigenia presenta diferencia con la reconocida por el ISS, por ser esta inferior al valor otorgado, aquel no logra liberarse en forma total y, en consecuencia, debe asumir el mayor valor resultante (subraya la Sala).*

Por ende, es claro que la demandada debe pagar la totalidad de la mesada 14 al demandante, conforme así se estableció en primera instancia.

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

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

No obstante, en este punto ha de tenerse en cuenta que la pensión del señor JAIRO BENICIO ARIAS PABON, como ya se dijo, se causó el 31 de diciembre de 2002, 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.

En sentencia SL525-2022 Radicado 71186 del 16 de febrero del 2022 la Corte Suprema de Justicia dispuso:

*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 adquiridos<sup>4</sup>.

Dilucidado lo anterior, entra la Sala a estudiar la apelación de la parte actora, esto es, la condena al pago de los **intereses moratorios** del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el reajuste de la mesada adicional de junio, precisándose en este punto los mismos no resultan procedentes puesto que la pensión reconocida al actor por CHEVROM PETROLEUM COMPANY fue de carácter voluntario y por ende no prevista en el sistema general de pensiones. Así fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral:

- SL1817-2018 Radicación n. 46547 del 16 de mayo de 2018:

*Aunado, la Sala confirmará el fallo de primer grado en cuanto absolvió del pago de los intereses moratorios pretendidos, en razón a que por tratarse de pensiones convencionales, esto es, que no pertenecen al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, aquellos no son procedentes, pues de la lectura del artículo 141 ibidem así se colige, a fuerza de que se trata de reajustes pensionales, mas no de mora en el reconocimiento o pago de las mesadas.*

- SL581-2021 Radicación N° 83182 del 15 de febrero de 2021:

*No proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que se trata de una pensión de jubilación no prevista en el sistema*

---

<sup>4</sup> 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.

general de pensiones (CSJ SL1817-2018).

- SL5012-2021 Radicación N° 86294 del 20 de octubre de 2021:

*En sede de instancia, a la Corte le basta remitirse a las motivaciones que condujeron a la prosperidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada, para concluir que no es procedente imponer el pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no pago de las mesadas correspondientes a una pensión de origen convencional.*

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y en ese orden se procede a confirmar en su totalidad la sentencia de primer grado conforme lo considerado.

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,

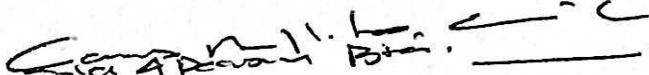
#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del Juez de primer grado, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

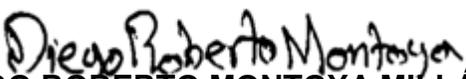
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMÁN MEDINA ACOSTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (17 2019 00633 01).**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 01 de septiembre de 2022 («17VideoAudiencia01Septiembre2022.mp4», récord 39:42), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el traslado del señor GERMÁN MEDINA ACOSTA identificado con la cédula de ciudadanía 79.112.694, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por PENSIONAR S.A., luego OLD MUTUAL S.A. y hoy SKANDIA S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo expuesto en precedencia.

**TERCERO: DECLARAR** que el demandante señor MEDINA ACOSTA se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar la vinculación del afiliado sin solución de continuidad, según las consideraciones ya expuestas.

**CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del demandante MANUEL MEDINA ACOSTA tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, devolviendo además todos los conceptos pertinentes a las primas de seguros previsionales, gastos o comisiones descontados de los dineros del demandante a título de gastos de administración, primas de seguros previsionales, como ya lo indiqué y, todos los componentes de esa cuenta de ahorro individual, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados con destino a COLPENSIONES para efectos de preservar la sostenibilidad financiera de ese régimen pensional.

**QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe la codemandada SKANDIA S.A., y convalidarlos en la historia laboral del demandante.

**SEXTO ORDENAR** a COLPENSIONES que una vez materializada la afiliación del demandante nuevamente sin solución de continuidad, como ya se indicó, proceda a estudiar el derecho pensional que le pudiese asistir, derecho pensional de vejez en el marco normativo invocado por el demandante.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A., en firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de un millón de pesos moneda corriente.

**OCTAVO:** Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al superior una vez concluya la presente diligencia».

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

Así, en primer lugar, SKANDIA S.A., apeló la decisión solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar a Colpensiones la comisión de administración y la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes por ser descuentos autorizados a través de la Ley 100 de 1993, artículo 20, en concordancia con el artículo 36 del Decreto de 1994, de tal forma que si bien es

cierto el proceso gira en torno a la ineficacia o nulidad de la afiliación del RAIS y que la Corte Suprema ha dispuesto que la consecuencia de esto es el regreso automático de las cosas a su estado inicial, también se debe realizar o hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta la AFP. Lo anterior, sumado al hecho que Skandia deba asumir tal carga, en tanto, la consecuencia del aseguramiento de invalidez y sobrevivencia son permanente, gozando el demandante de esa cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatorias, de ahí que parte del porcentaje descontado ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, y por lo tanto no se encuentran estos dineros en las arcas de la AFP.

Respecto a la orden de devolver estas sumas de dinero indexadas, citó jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y Laboral, 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 rendimientos<sup>1</sup> (Récord: 43:15, ib.).

---

<sup>1</sup> «Su señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente, me permitió interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia acabada de proferir, específicamente en lo que respecta al numeral cuarto de la misma, en cuanto a la condena de devolución de gastos de administración y primas del seguro previsional debidamente indexados, solicitándoles pues a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se revoque la misma, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

*Es claro que con la expedición de la Ley 100 del 93 se crea pues el régimen de ahorro individual y con ello un sin fin de obligaciones para cada para las administradoras de fondos de pensiones para con sus afiliados a este subsistema, puntualmente el artículo 20 de la Ley 100 del 93 en su literal b, señala cómo es esa distribución de las cotizaciones, mencionando que en el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del IBC se destinará a financiar la pensión de vejez y la Constitución de reservas para tal efecto, el 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinara a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobreviviente, en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del IBC se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 05% del IBC se destinará al Fondo de Garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En concordancia con lo anterior, el artículo 36 del Decreto 692 del 94, menciona también la misma distribución de las cotizaciones, de conformidad con estas normas aludidas se puede colegir entonces que ese 3% se destina a financiar o a cubrir específicamente los gastos y o comisiones de administración y el pago de las primas para los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues con lo anterior se crean entonces, una serie de obligaciones que deben cumplir todas las administradoras de pensiones, entre éstas las más importantes administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones, consolidar la historia laboral, ejercer la acción de cobro frente a las moras presentadas y garantizar que en caso de cumplirse con los requisitos para la pensión de sobrevivencia o invalidez, se pueda financiar dicha prestación al afiliado y sus beneficiarios, entre otras.*

*Bajo este escenario, es relevante mencionar que si bien es cierto pues se gira en este proceso en torno a la ineficacia o nulidad de la afiliación del RAIS y que la Corte Suprema a dispuesto que la consecuencia de esto es el regreso automático de las cosas a su estado inicial, también lo es pues realizar o hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta mi representada.*

*De otro lado y lo correspondiente a las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, tampoco es procedente que Skandia deba asumirlas, en tanto la consecuencia del aseguramiento es decir la invalidez y la sobrevivencia es permanente y pues el demandante goza de esa cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatorias de mi representada, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, y por lo tanto no se encuentran estos dineros en las arcas de la AFP.*

*En cuanto a la procedencia de la indexación, pues la misma no resulta procedente teniendo en cuenta la sentencia 00161 del 13 de mayo de 2010 magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, donde señala que la indexación consiste en abro comillas “la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera efectos subjetivos, pretende 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 de que el pago sea cual fuere el origen de la prestación debe ser integro conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias,*

A su turno, COLPENSIONES apeló la decisión en torno a la condena en costas, señalando para tal efecto no ser procedente de acuerdo a la naturaleza del proceso, donde Colpensiones es codemandado por ser la administradora del régimen de prima media y en el caso eventual de que se declare la ineficacia del traslado de Seguro Social al fondo privado, esta sería la administradora que empezaría a administrar los recursos en pensiones de la parte demandante, tanto así, que frente a la oposición que hace Colpensiones es de acuerdo a la prueba documental que reposa con el escritorio demandatorio y, bajo la ley, máxime que Colpensiones no participó en el negocio jurídico de traslado de afiliación y de acuerdo al limitante que impone la ley, que cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, este no se podría trasladar. En tal sentido, solicita que se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia<sup>2</sup> (Récord: 48:31).

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 (página 8, «02Demanda.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 8, ib.), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de**

---

*que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 del 98” cierro comillas, adicionalmente en concordancia con esta jurisprudencia, la sentencia SL 9316 fecha 29 de junio 2016, precisó entonces que la indexación abro comillas “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma en el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional” cierro comillas, en consonancia con lo anterior el artículo 101 de la Ley 100 del 93 señala textualmente que “la totalidad de los rendimientos obtenidos en el manejo de los fondos de pensiones una vez aplicadas las comisiones por mejor desempeño a que haya lugar, será abonada en las cuentas de ahorro pensional individual de los afiliados a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo periodo” cierro comillas, en este orden en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones se encuentre la de garantizar una rentabilidad mínima en todas las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta pues incompatible ordenar indexación alguna pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor no se han visto afectados por la inflación, por el contrario siempre han generado rendimientos, con estos argumentos dejó sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría».*

*2 «Gracias su señoría, su señoría en la etapa procesal pertinente presento mi recurso de apelación frente a la sentencia dictada por su Honorable Despacho frente a la condena en costas, señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá es de indicar que la condena en costas impuesta por el a quo de primera instancia no es procedente de acuerdo a la naturaleza del proceso, máxime que Colpensiones es codemandado en este proceso por ser la administradora del régimen de prima media y en el caso eventual de que se declare la ineficacia del traslado de Seguro Social al fondo privado, pues esta sería la administradora que empezaría a administrar los recursos en pensiones de la parte demandante, tanto es así señores magistrados que frente a la oposición que hace Colpensiones es de acuerdo a la prueba documental que reposa en el escritorio demandatorio y bajo la ley, máxime que Colpensiones no participó en el negocio jurídico de traslado de afiliación y pues de acuerdo al limitante que nos impone la ley, que cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, este no se podría trasladar, en los anteriores términos señores Magistrados solicito que se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia, gracias señores magistrados, gracias su señoría».*

Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, promovida por la AFP PENSIONAR, hoy SKANDIA; en consecuencia, se ordene a la AFP SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta. Se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de acuerdo al régimen de transición, condenándose al pago de la misma bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, desde que cumpla 92 años de edad, junto a los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PENSIONAR S.A. hoy SKANDIA S.A., declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar la vinculación del afiliado sin solución de continuidad. Ordenó la AFP SKANDIA el traslado a COLPENSIONES de aquellos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, devolviendo además todos los conceptos pertinentes a las primas de seguros previsionales, gastos o comisiones descontados de los dineros del demandante, a título de gastos de administración, primas de seguros previsionales y todos los componentes de esa cuenta de ahorro individual, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES aceptar los conceptos anteriores y a convalidarlos en la historia laboral y, a que, una vez materializada la afiliación del demandante, proceda a estudiar el derecho pensional que le pudiese asistir en el marco normativo invocado por el actor. así como a reflejarlos en su historia laboral con la respectiva imputación de pagos. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente al actor al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin. Precizando frente al reconocimiento pensional solicitado, no era posible hasta tanto se materialice el traslado y haya quedado en firme la decisión de declarar la ineficacia.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de febrero de 1958 (pág. 32, ibidem), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2018 (Pág. 3, «04Sbsanacion.pdf»), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-; de otra parte, se tiene, el actor 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 409.86 semanas, que corresponden a 7 años, 10 meses y 8 días (págs. 37 a 39, 48 «07ContestacionSkandia.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 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 **02 de marzo de 2006, con fecha de efectividad a partir del 1° de mayo de 2.006** (págs. 54, 55 y 59, ib.), 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.

---

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

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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 SL1688-2019).

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

*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.*

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado SKANDIA.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

<Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por

sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, 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*

---

*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».*

(...).

*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 desfavor de los consumidores financieros (...).*».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante<sup>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que, en el año 2006, al seminario donde trabajaba *llegó la información* y en la curia le indicaron que debían firmar esos *documentos* y trasladarse de fondo; recordó que había firmado, pero no leyó en detalle lo que firmaba, pues esa era la orden, de migrar. Que no tenía un conocimiento adecuado de cómo funcionaba el sistema, vino a conocer de ello cuando estaba cerca de su pensión, que no sabía las desventajas de trasladarse se trasladó al fondo privado, de modo que en ese momento no le explicaron nada respecto a ese régimen pensional.

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, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción

<sup>6</sup> Audiencia del 29 de agosto de 2022, récord 11:59, «15VideoAudiencia29Agosto2022.mp4».

de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a SKANDIA S.A. (página 51, 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 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado SKANDIA S.A. 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 2006, 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 SKANDIA, omitió en el momento del traslado de régimen (02 de marzo de 2006, efectivo el 01 de mayo de 2.006) 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 CSJ SL12136-2021, 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, la transferencia de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con sus

frutos, rendimientos e intereses, las primas de seguros previsionales<sup>7</sup>, gastos de administración, primas de seguros previsionales, todo debidamente indexados con destino a COLPENSIONES, de tal manera que 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 afiliado.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el ordinal cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA deberá retornar además de los conceptos ordenado por el Juez de primer grado, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Lo anterior, por así haberlo considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 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**».*

Frente a la orden 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

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

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 CSJ 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. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP SKANDIA, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la CSJ 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 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, 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.

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 CSJ SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Pág. 15, «09ContestacionColpensiones.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 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.

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 1° de marzo de 2021, «10AutoFijaFechaAudiencia.pdf».

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual «se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)», sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a 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.

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,

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

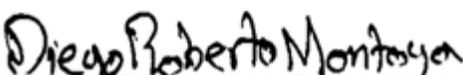
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a SKANDIA S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones 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 afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

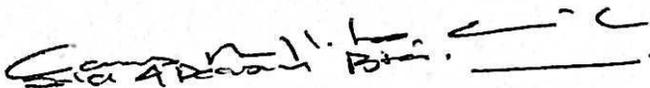
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia objeto de estudio, 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PEDRO GONZALO NASPIRAN  
MARTÍNEZ CONTRA TIMON S.A. Y TALENTUM S.A.S (RAD. 18 2019 00082 02).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 02 de diciembre de 2021 («08AudJuzgamiento02Dic2021.mp4», récord: 01:48:55), en la que se resolvió:

**«PRIMERO.- DECLÁRAR** que entre el demandante **PEDRO GONZALO NASPIRAN MARTÍNEZ** y la sociedad demandada, esto es, **TIMON S.A.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 20 de diciembre de 2007 y el 15 de agosto de 2018, concurriendo de forma solidaria la demandada **TALENTUM S.A.S.**, acorde a las motivaciones que anteceden.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la demandada **TIMON S.A.** y solidariamente a **TALENTUM S.A.S.**, a reconocer y pagar a favor del demandante **PEDRO GONZALO NASPIRAN MARTÍNEZ**, por la diferencia entre el valor pagado y el valor real por el lapso comprendido entre el **1° de agosto de 2012 al 15 de agosto de 2018**, los siguientes valores:

- a) Cesantías, por la suma de **\$1.207.778**.
- b) Intereses a las cesantías, por la suma de **\$144.933**.
- c) Prima de Servicios, por la suma de **\$1.207.778**.
- d) Vacaciones, por la suma de **\$603.889**.
- e) Indemnización por despido sin justa causa, **\$7.555.456**, suma que deberá ser reconocida en forma indexada.
- f) **\$35.733** diarios (**\$1.072.000**), hasta por 24 meses, esto es, del 15 de agosto de 2018 al 14 de agosto de 2020, para un total de **\$25.728.000**, corriendo a partir de dicha

*fecha, esto es, del 15 de agosto de 2020, solamente intereses moratorios por el valor impago relacionado con prestaciones sociales debidas (cesantías y primas de servicio).*

*g) También se condenará a pagar la totalidad de los aportes en pensión por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 al 15 de agosto de 2018, previo cálculo actuarial que realice la AFP PROTECCIÓN S.A., adicionando al ingreso base de cotización la suma de \$200.000 por concepto de auxilio de formación.*

**TERCERO.- ABSOLVER** a las demandadas **TIMON S.A.**, y **TALENTUM S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas por el señor **PEDRO GONZALO NASPIRAN MARTINEZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO.- DECLARAR NO PROBADA** la excepción denominada **PRESCRIPCIÓN**, y atendiendo a las resultas del proceso se procederá relevarse del estudio de las demás excepciones presentadas, conforme lo expuesto en la presente decisión.

**QUINTO.- CONDENAR** en costas a la parte demandada **TIMON S.A.** y **TALENTUM S.A.S.** a favor del demandante, señálese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.00 pesos, a cargo de cada una de las demandadas».

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas, interpusieron recurso de apelación, inicialmente el apoderado de TIMÓN S.A., respecto a la sanción moratoria, indicó, no debe proceder de manera inmediata, sino que debe corresponder a esa actitud o actividad que haya sido provista por parte del empleador en hacerle de alguna manera al trabajador algún engaño. Agregando, que el auxilio de formación fue pactado por las partes de manera expresa, firmado voluntariamente por el demandante, el cual, la empresa quiso dar de buena fe con la única finalidad de apoyarlo a él o a su familia en todo el tema que tiene que ver con su formación, que en Colombia es demasiado costosa para todas las personas, de modo que es un auxilio que no se quiso dar de manera remunerativa por su labor, sino de mera liberalidad, en los términos establecidos del artículo 128 del CST, que puede ser concedido de manera periódica. Concluyendo, que no existió mayor soporte por parte del despacho para impartir tal condena, sino simplemente determinó que había mala fe, basándose en una sentencia que tiene un carácter distinto al del auxilio de una bonificación.

De otro lado, aludió a la excepción de prescripción para indicar que, por el hecho de no haberse declarado probada, no implicaba que las demás excepciones no debieran ser estudiadas, como la de compensación, que fue solicitada en la contestación, bajo el entendido que, en caso de existir pagos realizados el juez está en el deber de analizar cuáles fueron los pagos y cuáles pueden ser las diferencias. En ese caso, es un pago que es variable, de esa manera, debe determinarse cuál es la diferencia que pudo o no haber existido, entre lo que está pagando como ingreso base de liquidación y lo que está solicitando la parte demandante y que dice

que no se le pago, señalando, se hicieron unos pagos que la quo no quiso tener en cuenta en su fallo para determinar el IBC, teniendo en cuenta que, si se hiciera una reliquidación para el cálculo del IBC por el concepto de pensión sobre los \$200.000 sería desequilibrado y por eso solicita la compensación como excepción<sup>1</sup> (récord: 01:51:46, ibidem).

De igual forma, la apoderada de la demandada Talentum SAS, sustentó su recurso de apelación, frente a la declaratoria por parte del despacho en calidad de intermediaria, pues dentro del proceso quedó demostrado, que Talentum Temporal S.A.S. es una empresa de servicios temporales, que actuó en todo momento de acuerdo a su objeto social, esto es, colaborando en estricto sentido a las necesidades particulares que en su momento presentó la empresa usuaria, las cuales estaban delimitadas o ceñidas a actividades en virtud de los contratos comerciales suscritos entre las mismas, aspectos que se encuentran debidamente establecidos en la Ley, considerando que existió una interpretación errada por parte de la norma que el mismo despacho refirió para establecer la solidaridad por parte de Talentum Temporal S.A.S., pues no actuado como intermediaria, precisando faltó argumentación, análisis y valoración de las normas que rigen el tema, así como una equivocada valoración de las documentales aportadas en el proceso, pues los medios de prueba establecen y demuestran en estricto sentido, que esa empresa envió personal en misión, en este caso particular, al demandante para ejecutar labores concretas específicas y sin vocación de permanencia.

---

<sup>1</sup> «En este momento procedo a presentar el recurso de apelación parcial y en lo que tiene que ver específicamente en la moratoria y en lo establecido, manifestado para efectos del pago a la pensión, sobre el auxilio de formación.

*Sobre la moratoria, quiero indicar que, bien lo manifiesta la señora juez, que no debe proceder de manera inmediata, sino que debe corresponder a esa actitud o actividad que haya sido provista por parte del empleador en hacerle de alguna manera al trabajador algún engaño. Manifiesta igual el despacho que esa sentencia a la que hace referencia y por dónde basa su condena en que es clara que habla sobre una bonificación. Las bonificaciones pues tienen un concepto distinto y obviamente eso sí ha sido reiterado sobre cuando se quiere disfrazar una bonificación o una... que cuando son ventas lo que corresponde a ese valor, que el vendedor espera que sea su remuneración. En este caso, pues se ha evidenciado que ese bono, ese auxilio de formación y se dijo dentro de todo el curso del proceso, que fue otorgado de manera expresa, firmado, y voluntariamente conocido por la parte demandante, fue voluntario, pactado por ambas partes, se quiso dar de buena fe con la única finalidad de apoyar a él o a su familia en todo el tema que tiene que ver con su formación. No es no en vano la formación en Colombia, es clara, que es demasiado costosa para todas las personas y pues sí es un auxilio que se quiere dar, no de manera remunerativa por su labor, sino de mera liberalidad, esta, así se ha y así lo establece el artículo 128 que puede ser dada de manera periódica. No se vislumbra, no, realmente no tiene un sustentó y con todo el respeto del despacho, no hace una mayor información o no da un mayor soporte, sobre, porque simplemente determina que hay mala fe. Si no, lo basa en una sentencia que tiene un carácter distinto que el del auxilio a una bonificación.*

*De igual forma, si bien la prescripción, que malinterpretada o mal, con todo respeto por la señora juez, mal leída a la presentación de la excepción, si bien es cierto la excepción tiene un nombre y esa siempre se debe presentar como prescripción, hay prescripción en diferentes formas. Pero, adicionalmente indica que al no salir avante esa, tampoco se va a estudiar las demás, como es por ejemplo la compensación. La compensación fue solicitada por esta parte, en su escrito de contestación, como una excepción que se debe presentar en caso de que existan pagos realizados y que está en el deber del juez, analizar cuáles fueron los pagos y cuáles pueden ser las diferencias. En ese caso, como bien lo manifiesta, es un pago que es variable, de esa manera, debe determinarse cuál es la diferencia que pudo o no haber existido, entre lo que está pagando como ingreso base de liquidación y lo que está solicitando la parte demandante y que dice que no se le pago, para que se aplique en ese sentido la compensación que debe existir, pues si bien es cierto, se hicieron unos pagos la señora juez no los ha querido tener en cuenta en su fallo para determinar el IBC, teniendo en cuenta que, si se hiciera una reliquidación para el cálculo del IBC por el concepto de pensión sobre los \$200.000 sería desequilibrado y por eso se solicita la compensación como excepción.*

*Con estos argumentos, dejó presentado el recurso de apelación para los señores magistrados del Tribunal, procedan al estudio de análisis y de ser el caso, la revocatoria sobre estos dos, la moratoria por la determinación o indeterminación de la mala fe de la parte empleadora y la compensación para el cálculo actuarial que ha indicado sobre la pensión, muchas gracias».*

Por otro lado, manifestó frente al auxilio formación como constitutivo de salario, que, en cada uno de los contratos de trabajo por obra o labor autónomos e independientes sin vocación de permanencia para ejecutar distintas labores o funciones o cargos, se estableció de manera clara, expresa y concreta dentro de cada uno de los contratos que era no constitutivo de salario; aspecto que también se sustentó en las liquidaciones aportadas, en las órdenes de ingreso, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, los certificados de cesantías, los cuales, analizados en conjunto, teniendo en cuenta la unidad de la prueba y teniendo en cuenta la valoración conjunta de todas estas documentales, máxime, cuando el representante legal y el demandante manifestaron de manera espontánea, haber suscrito los contratos de trabajo con plena conciencia y con pleno conocimiento de la aceptación del total del clausulado. De manera que no era posible darle un entendimiento diferente a lo previsto en los artículos 127 y 128 del CST, de ahí que, la conducta de Talentum Temporal SAS, estuvo sustentada en una norma legal, en la buena fe y en la lealtad procesal que le asistía en ese momento como empleador, actuando bajo la convicción de estar conforme a la ley, procediendo a pactar o a excluir el auxilio de formación como concepto constitutivo de salario, precisando, la jurisprudencia traída para el efecto, contenía una interpretación para establecer de manera deliberada, que el mismo ostentaba el carácter de salarial y a partir de ahí, proceder a hacer efectivas las condenas.

En ese orden, precisó respecto a la condena relacionada con la sanción moratoria, Si bien el despacho no analizó de manera estricta y no ahondó más allá la conducta procesal que le asistía a las partes. En este caso particular, en cada contrato de obra o labor, autónomo e independiente, se decidió realizar los pagos a las primas, cesantías vacaciones, tiempo extra, Seguridad Social y cualquier otra acreencia laboral que se le hubiera reconocido al demandante, de manera completa y oportuna, tal y como constan en las liquidaciones pagadas y entregadas, esto es, conforme a los conceptos que las partes fijaron y acordaron. Insistiendo, las partes fueron conscientes, principalmente el trabajador, del documento firmando, no siendo excusa lo manifestado en interrogatorio de parte, que no conocía el contenido del mismo, pues ratificó que lo había firmado y esa era su firma.

Manifestó en tal sentido, que según la jurisprudencia, el operador jurídico debe inmiscuirse en las circunstancias particulares que mediaron para que el empleador incumpliera la obligación relativa al pago completo de los salarios y prestaciones sociales y en este caso, no se da la totalidad de los presupuestos en los que se

enmarcó la situación que hoy nos convoca en tratándose frente al auxilio de formación; aunado a que la sanción impuesta al empleador moroso a la luz de lo estatuido en el artículo 65 del CST tiene como causa la ausencia injustificada del sancionado al pago oportuno de salarios y en el caso de marras, está demostrado el pago oportuno y completo de cada una de las prestaciones sociales y cualquier otra erogación económica de acuerdo a lo establecido en cada contrato por obra o labor contratada. Reiterando, no se analizó bajo qué circunstancias, se excluyó el auxilio de formación, de este modo, obró de buena fe, pagó lo que creyó deber de acuerdo con lo convenido y acordado con el trabajador. Agregando, hubo una ausencia de valoración probatoria, así como también una indebida aplicación del precedente.

De otra parte, manifestó era improcedente la indemnización impuesta por la terminación del contrato sin justa causa, pues dentro del proceso estaba demostrado con las liquidaciones finales de prestaciones sociales y las cartas de finalización de la misión, que cada contrato de trabajo por obra determinada suscrito entre el demandante y Talentum S.A.S. obedeció en estricto sentido a ejecutar una labor particular que habían dado origen a la contratación del recurso humano, las cuales se sustentaba en contratos comerciales. Aspecto que a luz de lo señalado en el artículo 61 del CST, se presumía legal y una justa causa objetiva para dar por terminado el contrato. Precizando en este punto, a lo largo del trámite procesal se dieron a conocer las razones por las cuales se había dado por finalizado el contrato, aportándose medios de prueba, no tachados de falsos y establecían con exactitud cuáles habían sido las razones por las cuales se había terminado el contrato de obra o labor, verificándose que el despido se dio en razón a una justa causa, por no haberse presentado a laborar desde el 15 de agosto de 2018. Habiendo en este caso particular, una indebida valoración de la prueba, dado que el despacho consideró que no era suficiente porque no se encontraba debidamente notificado al demandante, lo cual ocurrió, porque el empleado había desaparecido, no se encontraba, siendo imposible para Talentum Temporal S.A.S. como empleador, asumir una carga adicional ante el intento de haberse comunicado con él. De esta manera, consideró improcedente tal condena.

Reiteró, no era procedente la reliquidación ordenada, pues el auxilio de formación fue claro, fue expresó desde sus inicios, en tanto es imposible que se reconociera este reajuste. En ese mismo sentido, tampoco es procedente realizar los reajustes por inclusión de un nuevo factor salarial en tratándose frente al auxilio de formación,

conforme a lo expresado y a la naturaleza que en principio ostentó dicha erogación económica, sustentada en los artículos 127 y 128 del CST, enmarcada en los contratos de trabajo, sustentada en norma legal y adicionalmente a eso, prevista, cuya conducta fue en todo momento provista de buena fe y la cual estuvo justificada en normas de rango nacional<sup>2</sup> (récord: 01:57:48, ibidem).

---

<sup>2</sup> «Me permito interponer recurso de apelación en contra la decisión del despacho, de acuerdo a los siguientes argumentos:

En primera medida me permito manifestar frente a la declaratoria por parte del despacho en calidad de intermediaria, si bien es cierto, dentro del trámite procesal o rito procesal, quedó establecido, quedó probado, quedó demostrado, que Talentum Temporal S.A.S. es una empresa de servicios temporales, que actuó en todo momento de acuerdo a su objeto social, esto es, colaborando en estricto sentido a las necesidades particulares que en su momento presentó la empresa usuaria, las cuales estaban delimitadas o ceñidas a actividades en virtud de los contratos comerciales suscritos entre las mismas, aspectos que se encuentran debidamente establecidos en la Ley 50 del 90 y el Decreto 4379, de manera que para la suscrita abogada, de manera muy respetuosa considero que existió una interpretación errada por parte de la norma que el mismo despacho refirió para establecer la solidaridad por parte de Talentum Temporal S.A.S.

En consecuencia, mi prohijada jamás ha actuado como intermediaria, como de manera temeraria se expuso, la cual faltó en estricto sentido, argumentación, análisis y valoración, análisis de las normas que rigen el tema y a una equivocada valoración de las documentales aportadas en el proceso, en tanto es claro que las empresas de servicios temporales tienen su objeto único de colaborar con empresas usuarias, en los términos del artículo 77 de la Ley 50 del 90. Aunado al hecho, en los medios de prueba que establecían y demostraban en estricto sentido, que mi representada única y exclusivamente envió personal en misión en este caso particular, al demandante para ejecutar labores concretas específicas y sin vocación de permanencia.

Por otro lado, me permito manifestar frente a la valoración que tuvo el despacho para considerar que el auxilio era constitutivo de salario, y con ocasión a ello, procederé con diferentes condenas, las cuales mencionaré más adelante. Tal y como quedó establecido dentro del proceso, el auxilio de formación se estableció de manera clara, expresa y concreta dentro de cada uno de los contratos de trabajo por obra o labor autónomos e independientes sin vocación de permanencia para ejecutar distintas labores o funciones, o cargos. El mismo fue usado o fue establecido como no constitutivo de salario. Esta manifestación o este sustento, o esta afirmación se desprende de los mismos contratos de trabajo que fueron aportados, se sustenta en las liquidaciones aportadas. Se sustenta en las órdenes de ingreso, se sustenta en los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, se sustenta en los certificados de cesantías, los cuales, analizados en conjunto, teniendo en cuenta la unidad de la prueba y teniendo en cuenta la valoración conjunta de todas estas documentales, máxime, cuando mi representado, o en este caso particular, el representante legal, junto con el demandante acreditaron y manifestaron de manera espontánea, haber suscrito los contratos de trabajo con plena conciencia y con pleno conocimiento de la aceptación del total del clausulado. Se manifiesta que no es posible darle un entendimiento diferente a lo previsto en el artículo 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo. No obstante, lo anterior, tampoco es posible darle una inteligencia diferente a la cláusula cuarta de los diferentes contratos, cuando el mismo despacho procedió con la lectura del mismo con destino a establecer en qué expresaba y que indicaba y cuál era la naturaleza de esa cláusula cuarta. Inclusive, cláusula tercera.

El báculo que a bien tuvo mi representada para expresar dichas afirmaciones y procediera a excluir el auxilio de formación, es el artículo 127 y 128, de ahí que la conducta o se desprenda que la conducta de mi representada Talentum Temporal SAS, en primera medida, estuvo sustentada en una norma legal. Se sustenta en una buena fe y en la lealtad procesal o en la lealtad que le asistía en ese momento, más bien, como empleador, que bajo la convicción de actuar conforme a la ley procedió a pactar o a excluir el auxilio de formación como concepto constitutivo de salario.

Así las cosas, se debe precisar nuevamente al Despacho la sentencia SL 35579 de 2009 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se refirió respecto a la procedencia de los pactos no salariales, los cuales podían ser verbales o escritos. En este caso particular fueron escritos, en todo momento fueron escritos y fueron expresos. Es decir, que fueran producto de un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador, de manera que en este caso particular se cumple con cada uno de los presupuestos. Se actuó de buena fe, se actuó bajo el amparo de norma legal, se actuó bajo la convicción de que se podía excluir de esa manera. Sin embargo, para el despacho, bajo una interpretación poco aislada y lo digo de manera respetuosa, simplemente trajo a colación distintas sentencias o decisiones de nuestra Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para establecer de manera deliberada, que el mismo ostentaba el carácter de salarial y a partir de ahí, proceder a hacer efectivas unas condenas.

En consecuencia, procedo a presentar mi recurso de apelación frente a la condena relacionada con la sanción moratoria. Si bien es cierto tal y como lo expresé hace un momento, el despacho no analizó de manera estricta y de manera concreta o no ahondó más allá la conducta procesal que le asistía a las partes. En este caso particular se tenía que mi representada en cada contrato de obra o labor, autónomo e independiente, se decidió realizar los pagos a las primas, cesantías vacaciones, tiempo extra, Seguridad Social y cualquier otra acreencia laboral que se le hubiera reconocido al demandante, primero de manera completa y segundo oportuno, tal y como constan en las liquidaciones pagadas y entregadas, esto es, conforme a los conceptos que las partes fijaron y acordaron. Insisto en esto, que las partes fueron conscientes, principalmente el trabajador. El trabajador fue consciente en todo momento del documento que estaba firmando, de manera que no era excusa que manifestara en contestación en interrogatorio de parte, que no conocía el contenido del mismo, cuando él sí lo conocía y ratificó que había firmado, que esa era su firma.

En consecuencia, se pagaron bonos de servicios, se pagaron estas acreencias conforme al bono de servicios y productividad fija, teniendo en cuenta para todos los efectos salariales y prestacionales en cada contrato por obra o labor suscrita, excluyéndose únicamente de tal connotación salarial el llamado auxilio de formación, bonificación no salarial pactado, como insisto, de forma habitual debido a su naturaleza no remuneratoria, la cual se sustentó bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 127 y 128 Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, vale la pena traer a colación lo previsto en la SL3695 de 2016, que precisó: el operador jurídico debe inmiscuirse en las circunstancias particulares que mediaron para que el empleador incumpliera la obligación relativa al pago completo de los salarios y prestaciones sociales. En este caso no se verificó la totalidad de los presupuestos en los que se enmarcó la situación que hoy nos convoca en tratándose frente al auxilio de formación.

Ahora bien, ha de recordarse con inmodificada persistencia, que la sanción impuesta al empleador moroso a la luz de lo estatuido en el artículo 65 del Código Sustantivo tiene como causa la ausencia injustificada del sancionado al pago oportuno de salarios. En este caso en particular está demostrado pago oportuno, pago de manera completa y pago de cada una de las prestaciones sociales y cualquier otra erogación económica de acuerdo a lo establecido en un documento, o en ciertos documentos, de acuerdo a cada contrato por obra o labor

## CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante PEDRO GONZALO NASPIRÁN MARTÍNEZ, las pretensiones visibles a páginas 5 y 6 de la demanda y 35 del archivo «01ExpDigitalizadoFls1a276.pdf», las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 4 y 5, aspirando de manera principal, se declare la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido con TIMON S.A. entre el 20 de diciembre de 2007 y el 3 de septiembre de 2018 en la que TALENTUM TEMPORAL S.A.S. fungió como simple intermediaria y por tanto es solidaria frente a las acreencias a su favor. Además, que el auxilio de formación, bono de servicio, productividad y productividad fija constituía salario y, en consecuencia, se condene a las demandadas solidariamente a pagar a su favor el trabajo suplementario, primas de servicio, cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones y aportes a pensión con el salario realmente devengado, debidamente indexado, además, la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por****

---

*contratada para misiones específicas y concretas. De manera que el despacho no analizó las circunstancias particulares, no analizó que se pagó y no analizó bajo qué sustento o bajo qué concepto o bajo qué manifestaciones o bajo qué circunstancias, fue que se excluyó el auxilio de formación.*

*Así las cosas, conforme la jurisprudencia que acabo de citar, así como los argumentos expuestos hace un momento, debe precisarse que mi representada TALENTUM TEMPORAL S.A.S., obrando de buena fe pagó lo que creyó deber de acuerdo con lo convenido y acordado con el trabajador, de manera que, en este caso, estábamos bajo presupuestos subjetivos del demandante. Aun así, considera la suscrita abogada que en el presente asunto faltó analizar las circunstancias particulares del pleito. Adicionalmente, hubo una ausencia de valoración probatoria, así como también una indebida aplicación del precedente.*

*Acto seguido procedo a manifestarme frente a la improcedencia de la indemnización que impuso el despacho frente a la terminación del contrato sin justa causa. Si bien es cierto, en el presente asunto el despacho resolvió condenar a mi representada Talentum Temporal S.A.S., aún a sabiendas que dentro del proceso estaba demostrado que con las liquidaciones finales de prestaciones sociales y las cartas de finalización de la misión que durante cada contrato de trabajo por obra determinada, autónomo e independiente que suscribió el demandante con Talentum S.A.S. para llevar a cabo misiones específicas concretas y sin vocación de permanencia obedecieron en estricto sentido a ejecutar una labor o sendas labores particulares que habían dado origen a la contratación del recurso humano, las cuales se sustentaba en contratos comerciales. Aspecto que a luz de lo señalado en el artículo 61 del Código Sustantivo, se presume legal y una justa causa objetiva. No obstante, lo anterior, el despacho consideró que los argumentos expuestos por mi representada para dar por terminado el contrato del 11 de octubre de 2016 al 15 de agosto 2018, no fueron lo suficientemente contundentes, es decir, no tuvieron la virtualidad de quebrar la determinación, es decir, no fueron capaces de identificar los motivos concretos que se le imputaban al trabajador y que dieron lugar a su despido de manera que le permitieran en ese momento conocer los móviles que generaron esa decisión.*

*Si bien es cierto a lo largo del trámite procesal, se sometieron a conocimiento de todas las partes las razones por las cuales se había dado por finalizado el contrato. Si bien es cierto también se aportaron medios de prueba, totalmente incorporados dentro del proceso, los cuales no fueron tachados de falsos y establecían con exactitud cuáles habían sido las razones por las cuales se había terminado la relación laboral, o más bien, ese contrato obra o labor. Así las cosas, tal y como lo indicó el despacho, este fue despedido en razón a una justa causa, esto es, por no haberse presentado a laborar desde el 15 de agosto de 2018. En este caso particular, se evidencia una indebida valoración de la prueba. Es decir, el despacho considera que no es suficiente esa documental para dar por terminado un contrato, de manera que en el caso que nos convoca, en tratándose del análisis de la prueba, es totalmente inviable que se argumente o que explique el despacho, que la misma no se encontraba debidamente notificada al demandante, pues claramente no se encontraba debidamente notificada porque el empleado había desaparecido, no se encontraba. En consecuencia, era imposible asumir que nuestra representada Talentum Temporal S.A.S. como empleador, asumiera una carga adicional ante el intento de haberse comunicado con él. No obstante, lo anterior, el presente asunto no fue controvertido, no fue debatido, esa prueba no fue tachada de falsa por parte del demandante.*

*En ese sentido, así las cosas, considero que la sanción impuesta por concepto de sanción por concepto de indemnización por despido injusto, no se ajusta a los presupuestos que rigen el presente asunto, debido a las diferentes pruebas que se allegaron y se aportaron. Del mismo modo, me permito también recurrir la reliquidación ordenada por el despacho, toda vez que como se indicó a lo largo de esta sustentación, el auxilio de formación fue claro, fue expresado desde sus inicios, en tanto es imposible que se reconociera este reajuste. En ese mismo sentido, tampoco es procedente realizar los reajustes por inclusión de un nuevo factor salarial en tratándose frente al auxilio de formación, conforme a lo expresado y a la naturaleza que en principio ostentó dicha erogación económica, la cual fue sustentada conforme al artículo 127, 128, enmarcada en los contratos de trabajo, sustentada en norma legal y adicionalmente a eso, prevista, cuya conducta fue en todo momento provista de buena fe y la cual estuvo justificada en normas de rango nacional. Así las cosas, su señoría, en ese sentido interpongo mi recurso de apelación, no siendo más el objeto de este recurso, lo interpongo en los términos anteriores, muchísimas gracias».*

cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con TIMON S.A. desde el 20 de diciembre de 2007 hasta el 15 de agosto de 2018, concurriendo de forma solidaria la demandada TALENTUM S.A.S., ordenando el pago de las diferencias entre el valor pagado y el valor real por el lapso comprendido del 1 de agosto de 2012 al 15 de agosto de 2018, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por 24 meses y partir del mes 25 los correspondientes intereses moratorios y aportes a pensión; absolviendo de las demás pretensiones incoadas en su contra. Todo lo anterior, tras considerar la *a quo*, que conforme el caudal probatorio vertido en autos no existía discusión en que el demandante se desempeñó como Conductor de Zona y Conductor Operativo, encontrando acreditada la prestación continua e ininterrumpida a favor de la TIMÓN S.A. entre el 20 de diciembre de 2007 y el 15 de agosto de 2018, a través de la sociedad TALENTUM S.A.S. en calidad de trabajador en misión y a través de contratos de obra o labor, no obstante, encontró que conforme a la normatividad que regula las empresas de servicios temporales y conforme a los contratos de trabajo suscritos con el demandante, a los cuales no se les estipuló cuál sería su duración sino que dependía de la continuación que efectuará la empresa, así como tampoco evidenció que dicha relación tuviera como génesis alguna de las alternativas dispuestas en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, con lo cual se habilitara a la demanda TIMÓN a tener trabajadores en misión para el desarrollo de actividades propias de su misión institucional, pues no se probó que su producción se hubiera incrementado de tal forma que debía hacer uso de la citada figura jurídica. Sumado a lo anterior, encontró que los contratos celebrados superaron el término de 6 meses prorrogables por otros 6 meses, pues el más corto se mantuvo por un año y un mes y el más largo por dos años un mes y 27 días. Lo anterior, sumado a que la actividad desarrollada revestía un carácter continuo permanente, pues el cargo de conductor se ejerció para una empresa transportadora, lo que hacía que estas actividades no pudieran ser objeto de contratación por intermedio de empresas temporales. Circunstancias, que necesariamente conducían a que la empresa usuaria debía considerarse como la verdadera empleadora, con fundamento en el artículo 53 de la Constitución Nacional, relativo al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y en este caso bajo una única relación contractual, dado que las interrupciones presentadas entre uno y otro contrato, corresponde a días de vacaciones, por espacio de 8 días o un mes, lapso que resultaba insuficiente para desvirtuar la solución de continuidad, según lo enseñado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

Respecto a la reliquidación de las prestaciones sociales y demás a creencias reclamadas, teniendo en cuenta el auxilio de formación pactado a partir del contrato número cuatro en adelante, esto es, desde el 1° de agosto del 2012, consideró que esos pagos retribuían la labor del actor, con la connotación de salario, pues no tenía ningún requerimiento para su entrega y no se acreditó que en realidad el mismo tuviera como finalidad la capacitación, formación u otro similar, destacándose que se tendría como valor del mismo la suma de \$200.000 conforme se indicaba en el contrato de trabajo, siendo la única suma demostrada, siendo procedente el reajuste de las prestaciones sociales y acreencias laborales por el lapso comprendido entre el 1 de agosto del 2012 al 15 de agosto del 2018.

Con relación a la indemnización por despido sin justa causa, indicó que si bien se acreditó el hecho del despido, donde la entidad demandada Talentum SAS tomó la decisión de terminar el vínculo laboral a partir del 15 de agosto del 2018 alegando una justa causa, por no haberse presentado a laborar sin justificación, sin embargo, no se acreditó en plenario que la justa causa para dar por terminada laboral existente entre las partes invocada por la demandada pudiera existir, pues no existe documento alguno por parte de la demandada en la cual se indicara de manera clara e inequívoca, cuáles fueron las razones justificadas para poner fin al vínculo contractual, tampoco se demostró que se hubiese dado la oportunidad al trabajador para defenderse, pues no obra citación a descargos u otro similar, así como tampoco se dejó constancia a través de testigos de la no comparecencia del actor a su lugar de trabajo, más aun, cuando la carta no se encuentra suscrita por la parte demandante. Conforme lo anterior, halló procedente conceder la indemnización por despido sin justa causa.

En lo que respecta a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, explicó que, si bien esta no procede de manera automática, sino que ha de analizarse el elemento de buena o mala fe, en el presente asunto, la pasiva no efectuó el pago de las prestaciones sociales y vacaciones en debida forma y no existiendo causal válida que justifique la morosidad en el pago, había lugar al pago de la indemnización moratoria.

Asimismo, señaló respecto a los aportes a pensión, que la demandada al no efectuar los aportes conforme al salario realmente devengado le corresponde pagar a la AFP PROTECCIÓN las cotizaciones del periodo laborado, previo cálculo

actuarial que se realice de las mismas, toda vez que de no hacerlo perjudicaría al actor, ya que la falta de cotización podría eventualmente privarlo de los beneficios de la pensión o podría devengarla en cuantía reducida. Precisando que el IBC de los citados aportes, la diferencia corresponde a la suma es de \$200.000 por concepto de auxilio de formación del período del 1º de agosto del 2012 al 15 de agosto del 2018.

En lo tocante a la excepción de prescripción, explicó que en los términos del artículo 488 del CPTSS, al haber terminado el vínculo contractual el 15 de agosto del 2018 y haberse presentado la demanda el 23 de enero del 2019, no transcurrieron los 3 años para que operara el fenómeno de la prescripción.

Precisado lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), recordándose que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), abordando inicialmente la Sala el argumento relacionado con la inexistencia del contrato de trabajo del demandante con la sociedad TIMÓN S.A. y si TALENTUM S.A.S actuó o no como intermediaria en la relación laboral.

En este punto, se advierte la relación laboral del demandante, en términos formales, se dio a través de diferentes contratos bajo la modalidad de obra o labor suscritos con la empresa de servicios temporales TALENTUM S.A.S, en virtud de los cuales este desempeñó en los cargos de CONDUCTOR DE ZONA y CONDUCTOR OPERATIVO en la empresa TIMÓN S.A., usuaria de los servicios, así (páginas 124 a 157, 187 a 194, ibidem):

- Del 20 de diciembre de 2007 al 06 de febrero de 2009
- Del 10 de febrero de 2009 al 06 de abril de 2011
- Del 23 de abril de 2011 al 15 de julio de 2012
- Del 01 de agosto de 2012 al 15 de julio de 2013
- Del 01 de agosto de 2013 al 22 de julio de 2014
- Del 11 de agosto de 2014 al 19 de julio de 2015
- Del 10 de agosto de 2015 al 10 de septiembre de 2016
- Del 11 de octubre de 2016 al 15 de agosto de 2018

En total, entre el 20 de diciembre de 2007 y el 15 de agosto de 2018 celebró 8

contratos por duración de la obra y labor y trabajó por espacio de 10 años, 2 meses y 6 días<sup>3</sup>. Dicho aspecto no fue controvertido por las demandadas, quienes de hecho no negaron que la vinculación del actor se efectuó en esos términos, precisando que TIMÓN S.A. era la beneficiaria de los servicios del convocante como trabajador en misión de TALENTUM S.A.S., de conformidad con lo plasmado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, lo cual fue ratificado por estos a través de sus representantes legales al absolver el interrogatorio de parte e incluso se insiste así en la alzada por parte de la accionada Talentum SAS.

Adicionalmente, al plenario se incorporó copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre TIMÓN S.A. y TALENTUM S.A.S. el 10 de agosto de 2011, 10 de agosto de 2012, 1° de enero de 2013, 1° de enero de 2014, 1° de enero de 2015 y 1° de enero de 2016 (págs. 97 a 119, ibidem), los cuales tenían como objeto el «*el envío de trabajadores en misión, en los términos establecidos en los artículos 71 y 77 numeral 3 de la ley 50 de 1990, en concordancia con el párrafo del artículo 6° del Decreto 4369, prestando todos aquellos servicios temporales de colaboración reseñados allí, cuando hubiere lugar a ello...*», de igual modo, «*para la creación de la unidad estratégica de negocios -sic- (U.E.N)*», así como «*para brindar soluciones integrales en administración y mantenimiento vehicular de carga a nivel nacional*» y «*para implementación de nuevo proyecto*», circunstancias estas que en manera alguna desconocen las llamadas a juicio y que tampoco se encuentran en discusión.

Conforme lo referenciado y contrario a lo manifestado por la apoderada de TALENTUM S.A.S., la vinculación del actor no se enmarca dentro de una contratación temporal como trabajador en misión para los casos en que la Ley expone se pueden llevar tales vinculaciones, pues entre el 2007 y el 2018, es decir durante el lapso que prestó sus servicios el actor, no se demostró por ejemplo la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, el reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad e

<sup>3</sup> Inicio	Fin	Días
20/12/2007	6/02/2009	407
10/02/2009	6/04/2011	777
23/04/2011	15/07/2012	443
1/08/2012	15/07/2013	345
1/08/2013	22/07/2014	352
11/08/2014	19/07/2015	339
10/08/2015	10/09/2016	391
11/10/2016	15/08/2018	665
<b>TOTAL, TIEMPO</b>		<b>3.719 días: 10 años, 2 meses y 6 días</b>

incrementos en la producción que dieran lugar a ese tipo de contratación, pues incluso, de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las sociedades demandadas, tampoco puede determinarse con precisión alguna en qué consistían los objetos de los mismos, con los cuales se justificara la vinculación del personal en misión, lo cierto es que no se desplegó actividad probatoria en autos tendiente a establecer que, en efecto, las labores obedecían a algo temporal, en contraposición a ello se acreditó que siempre efectuó la misma actividad como CONDUCTOR, de zona y operativo, tal como lo certificó la empresa de servicios temporales llamada a juicio (páginas 187 a 194, *ibidem*), y también lo advirtieron los representantes legales de las demandadas<sup>4</sup>, especialmente la empresa TIMÓN S.A., no pudo precisar en qué consistían por ejemplo los incrementos de producción de transportar, sólo que a partir de ellos se solicitaban las misiones, que no había soporte documental, sino, cuando se requería la misión hacían la llamada telefónica. De este modo, es claro que estas labores se realizaron de manera permanente sin que se advierta una disminución o aumento de trabajadores significativo en periodos determinados, coligiéndose que la labor desempeñada por el demandante no fue ocasional o derivada de un incremento de producción, y menos aún para la ejecución de determinados proyectos, pues se trataba de una función propia y permanente del giro normal de TIMÓN S.A., tal como se especifica en el Certificado de existencia y representación legal, esto es, la prestación del «SERVICIO DE TRANSPORTE NACIONAL E INTERNACIONAL» (Pág. 17, *ib.*), por lo que evidentemente el promotor del litigio no era un trabajador en misión.

Es importante precisar, si bien existieron varios contratos de obra o labor suscritos por el señor MATEUS FUQUEN con la temporal atrás referida, la realidad fáctica se enmarca dentro del precepto legal contenido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990<sup>5</sup>, según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales<sup>6</sup>, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más<sup>7</sup>, es decir 1 año, superándose en el presente asunto ampliamente dicho

---

<sup>4</sup> Audiencia 28 de octubre de 2020, «06Aud28Oct2021.mp4», récord 1:01:18 a 1:54:53.

<sup>5</sup> Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de la labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

<sup>6</sup> Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

<sup>7</sup> Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.

margen de tiempo pues el actor laboró por espacio de 10 años y 2 meses para TIMÓN S.A., esto es, entre el 20 de diciembre de 2007 y el 15 de agosto de 2018, siendo oportuno memorar que desde el parágrafo del artículo 6 del decreto 4369 de 2006<sup>8</sup>, se estipuló la prohibición de contratar trabajadores en misión por términos superiores al legalmente establecido con la prórroga, independiente de que dichas contrataciones se efectúen en periodos diferentes y en ese orden, se itera, conforme la realidad vivida y probada en el caso de marras, la relación laboral del actor fue directamente con TIMÓN S.A., como verdadero empleador, siendo TALENTUM S.A.S. simple intermediaria.

Vale insistir, dentro de la litis no se logró demostrar que los contratos suscritos por el convocante con la EST, hubiesen sido distintos en cuanto a la actividad a desarrollar, pues de los mismos, así como de la documental arrimada y citada en líneas anteriores se encuentra que el demandante desarrolló siempre la misma labor como CONDUCTOR, de ZONA y OPERATIVO al servicio de la referida TIMÓN S.A.

Por otro lado, recuérdese que la norma parte de la premisa de que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la superación del término máximo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717<sup>9</sup>.

---

2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

<sup>8</sup> Parágrafo. *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.*

<sup>9</sup> “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

*Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI – CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su*

Ahora, aunque el demandante prestó sus servicios de forma interrumpida, en tanto a la finalización de un contrato y el inicio otro transcurrieron varios días, dichos espacios no tienen el alcance de desvirtuar la relación laboral entre TIMÓN S.A. y el accionante, por el contrario conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se tiene que tales interrupciones no obedecieron «a razones objetivas o técnicas, originadas por la terminación de una necesidad empresarial transitoria y el inicio de otra distinta igualmente temporal, sino que estuvo orientada a burlar la ley, generando un quiebre ficticio en la continuidad de los servicios» (CSJ SL3520-2018).

En tal medida, se colige la existencia de un solo contrato de trabajo entre el demandante y la demandada TIMÓN S.A., quien fungió como verdadera empleadora, que tuvo vigencia del **20 de diciembre de 2007 al 15 de agosto de 2018**, situación que da lugar a confirmar la sentencia de primer grado frente a la declaratoria de la relación laboral.

En ese orden de ideas, al concluirse que TIMÓN S.A. fue la verdadera empleadora y, por tanto, obligada directa, en razón a la transgresión de las normas que regulan la intermediación laboral, conforme a la inveterada jurisprudencia laboral, en eventos como el estudiado, debe entenderse que la empresa usuaria fungió como verdadero empleador del trabajador que, para todos los efectos, se entiende vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido; asimismo, se considerará a la empresa de servicios temporales como simple intermediario, que,

---

*calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.*

*Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.*

*Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:*

*“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).*

*Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.*

al no manifestar esa calidad, responde solidariamente por las obligaciones laborales, de conformidad con el numeral 3 del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo (entre otras muchas, consulta la CSJ SL3520-2018, reiterada en la CSJ SL2710-2019 y CSJ SL2396-2022), de tal modo que no le asiste razón a la apoderada de TALENTUM S.A.S. en este aparte de su alzada.

En lo que respecta al Auxilio Formación como constitutivo de salario, en efecto, no se discute por la parte demandada que efectivamente al demandante se le efectuó tal pago de manera habitual, pero aduce que tales sumas, según lo pactado en cada uno de los contratos de trabajo, no era constitutivo de salario.

Para resolver ha de tenerse en cuenta que la Jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha sido reiterativa en indicar que en los litigios que propenden por el reconocimiento del carácter salarial de un pago reconocido al trabajador este debe demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y al empleador convocado a juicio le corresponde acreditar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio; al respecto las sentencias CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018, CS SL986-2021, reiteradas en sentencia CSJ SL4313-2021 explican:

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

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

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

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que al plenario se aportaron, comprobantes de liquidación de contratos y algunos comprobantes de nómina mensual (págs. 129, 133, 138, 143, 147, 154 y 195 a 209, ibidem), donde efectivamente se da cuenta del pago por auxilio de formación, de igual modo, se admitió por el representante legal de Talentum S.A.S. que esos pagos se

efectuaban mensualmente y que lo pagaban de buena fe, para la educación del trabajador o la familia, pero no era necesario acreditarla, con lo cual, se advierte acreditado por la parte demandante que los referidos pagos eran reconocidos por la demandada de manera constante, habitual, periódica y permanente, por lo menos en los términos en que señaló la a quo desde el mes de agosto de 2012 y hasta finalizar el contrato, esto es, durante más de 6 años del vínculo laboral.

Por otro lado, respecto a la carga probatoria que le competía a la parte demandada quien como hechos de su defensa advirtió que los pagos reconocidos al demandante por bonificaciones no eran constitutivos de salario por así haberse pactado entre las partes en cada uno de los contratos suscritos.

Al punto, es de recordar que a juicio de la Sala de Casación Laboral, las cláusulas de exclusión salarial no deben ser admitidas inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, por el contrario, debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018).

De igual modo, la ley exige total claridad y precisión sobre los pagos que no se involucrarían como factor salarial, así lo recordó la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia la citada sentencia CSJ SL1798-2018, reiterada en la CSJ SL5159-2018, al señalar:

*«[...] es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea **expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él**, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.*

*Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama».*

En suma, es permitido el acuerdo de las partes para excluir de la liquidación de prestaciones, algunos pagos que pudiendo ser salario, no se involucren como tales; eventualidad para la que debe imperar la claridad, precisión y detalle.

Descendiendo al caso que nos ocupa, verificados los contratos se observa que páginas 136, 141, 145, 150 y 156 del expediente digitalizado, se pactaron cláusulas en los siguientes términos:

*«CUARTA. No constituyen salario, a más de los conceptos señalados por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, los auxilios educativos, la alimentación, auxilio de formación, medios de transporte, bono de mercado, bono renovación de moto, o vestuario que el usuario de los servicios temporales contratados por el patrono, suministre al TRABAJADOR EN MISION, entre otros, así como la mera liberalidad, bonificaciones y demás conceptos no salariales que aun siendo permanentes, las partes acuerdan que estos conceptos no son factor salarial, ni hacen parte de la liquidación de prestaciones sociales».*

*«CUARTA. No constituye salario, a más de los conceptos señalados por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, los auxilios educativos, la alimentación, **auxilio de formación**, medios de transporte, bono de mercado, bono de renovación de moto, o vestuario que el usuario de los servicios temporales contratados por el patrono, suministre al TRABAJADOR EN MISIÓN, entre otros, así como la mera liberalidad, bonificaciones y demás conceptos no salariales que aun siendo permanentes, las partes acuerdan que estos conceptos no son factor salarial, ni que hacen parte de la liquidación de prestaciones sociales».*

Examinadas dichas cláusulas, esta Corporación no comparte la tesis planteada por la apelante en torno a que lo percibido por concepto de auxilio de formación no constituía salario, por haberlo así lo pactado expresamente las partes, pues como se dijo en precedencia, por el sólo hecho de su existencia no es dable interpretar que en la realidad así fue como ocurrió, negándose la condición de salario a una retribución que por ley la tiene, máxime que el mismo artículo 127 del CST, le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que sí retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho, también resulta reprochable la aceptación por parte de sus destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

Nótese además, conforme al decantado precedente del Tribunal de cierre de esta especialidad, otro aspecto indicador de que en realidad se trata de un pago salarial estriba en que además de periódicos, eran uniformes, es decir, la misma cantidad

en cada mensualidad, y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fuere cancelado es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora, por el contrario, con las versión del representante legal de Talentum SAS quedó en evidencia que se paga al trabajador sin miramiento alguno, «*de buena fe*», es decir no se exigía demostrar requisito alguno para conceder el auxilio destinado aparentemente para educación de él o su familia, desde luego, que en el presente proceso, tampoco se demostró que así haya sido.

De lo anterior, se infiere, la suma de \$200.000 mensuales por concepto de auxilio de formación, hacía parte de la remuneración por los servicios prestados por el demandante. De esta manera, se confirmará lo decidido en primera instancia, incluidas las liquidaciones efectuadas por concepto de reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, pues no fueron objeto de debate.

Respecto de la **indemnización por despido sin justa causa**, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., «*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*» por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que «*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*», advirtiendo entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, **correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa**<sup>10</sup>.

De tal suerte, en esta instancia no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada TALENTUM

---

<sup>10</sup> Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado **SL-3482 de 2021** Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo "*(...) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos.*"

S.A.S., como quiera que así se admite en la alzada, donde se reitera que ello obedeció al hecho de que el actor no volvió a presentarse a laborar desde el 15 de agosto de 2018. Para tal efecto, se aportó comunicación calendada 22 de agosto de 2018, en los siguientes términos (pág. 155, ib.):

Señor(a)  
**PEDRO GONZALO NASPIRAN MARTINEZ**  
C.C. 80126741  
CONDUCTOR OPERATIVO  
BOGOTA

Cordial Saludo:

Por haber incurrido en la violación de los numerales 2 y 6 del Literal a, artículo 62, en concordancia con los numerales 1º. del Artículo 58 y los numerales 4 y 5 del artículo 60, le informamos que la labor en misión para la cual usted fue contratado en la empresa usuaria **TIMON S.A.** finalizó por JUSTA CAUSA a partir de la terminación de la jornada laboral del 15 de Agosto de 2018.

Esta decisión se fundamenta en el hecho que desde esta fecha, usted no se ha presentado a laborar, así como tampoco se ha reportado, ni presentado incapacidades que justifiquen su ausencia.

Agradecemos los servicios prestados y lo invitamos a que se acerque a nuestras oficinas a recibir la liquidación final de prestaciones y a realizar el examen médico de egreso, el cual deberá realizar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente.

Atentamente,

  
**JANNETH HERNANDEZ GONZALEZ**  
Director Contratación y Relaciones Laborales

RECIBIDO \_\_\_\_\_  
C.C.

Al punto, refiere la recurrente, tal medio probatorio está indebidamente valorado en tanto que, la juez a quo consideró que no era suficiente por no habersele notificado al actor de dicha misiva, lo cual, según la apelante, ocurrió porque el empleado había desaparecido, empero si bien es cierto nadie está obligado a lo imposible, no es menos cierto que bien pudo haber hecho uso de otros mecanismos para dejar constancia del hecho, verbigracia a través de testigos; carga probatoria que desde luego estaba en cabeza de la parte interesada, pero al punto, brillan por su ausencia medios de prueba que corroboren tal versión, de ahí que, aparte de ese hecho tampoco se encuentran en el proceso medios de convicción que corroboren la justa causa aludida, salvo tal documento desconocido igualmente por el actor, es decir, ni se demostró que el hecho haya ocurrido, como tampoco se demostró la gravedad

de tal incumplimiento, situación esta última que en los términos del numeral 6 artículo 62 del C.S.T. es la que da lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Y es que, si bien ante la ausencia de estipulación de las partes que califique la gravedad de la falta, le es posible al juez determinar esa circunstancia, lo cierto es que en el expediente no existen elementos de prueba a partir de los cuales pudiera efectuarse dicha calificación, pues lo único con lo que se cuenta en el expediente es la misiva de despido, lo que permite concluir que el despido del que fue objeto el demandante no se dio con justa causa y, en ese orden, resulta procedente el reconocimiento y el pago de la indemnización por despido sin justa causa, sin que sea motivo de discusión la liquidación que para el efecto hizo la a quo. Se confirma entonces, este aparte de la sentencia.

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

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que los pagos por auxilio de formación no tenían incidencia salarial por no ser retributivas directamente del servicio del actor y por haberse pactado expresamente en los contratos de trabajo, hecho que se desvirtuó con el material probatorio recaudado del que se concluyó de forma certera, este auxilio remuneraba el servicio del señor PEDRO NASPIRÁN.

Ahora bien, la demandada arguyó que entre las partes existió un pacto de desalarización que se suscribió en cada uno de los contratos por obra o labor, sin embargo, como ya se había precisado, estas cláusulas se concluyeron ineficaces, sumado al hecho que, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral, la aceptación del trabajador en la suscripción de convenios de desalarización no es un eximente de la mala fe que beneficie al empleador, pues la posición de las partes en la configuración contractual es desigual, siendo el trabajador la parte débil de la relación, por lo que en muchas ocasiones se ve constreñido por la necesidad a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del

trabajo, admitiendo acuerdos contractuales contrarios a la realidad (ver entre otras, las sentencias CSJ SL, 25 oct. 1999, rad. 12090, reiterada en las CSJ AL8751-2016, CSJ SL1035-2016 y SL2909-2022).

Corolario de lo expuesto, esta sala de decisión considera que hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, teniendo en cuenta que con sus propios medios probatorios se pudo constatar que auxilio de formación reconocido al actor si retribuían el servicio, camuflándose el monto del verdadero salario a devengarse, tópico que conduce a que se fulmine condena por esta indemnización. No debe perderse de vista que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 18 de mayo de 2012, Radicación 38.118, señaló:

*«No resulta atendible la justificación esgrimida por la empleadora en el escrito de oposición para demostrar buena fe de su parte porque la sola circunstancia de considerar que lo pactado en el contrato de trabajo sobre exclusión salarial de cualquier beneficio, auxilio, recargo, prestación o bonificación extralegal permitía que lo pagado por comisiones fuera considerado como una prima de mera liberalidad, no puede servir de excusa para que se le exonere de la indemnización moratoria pretendida ya que, como se ha visto, no suministró mayores explicaciones que puedan dar lugar a pensar que ese convencimiento fue serio y razonado.*

*“Así mismo, en sentencia del 28 de octubre de 1998, radicación 10951, la Corte en relación con el mismo tema de estudio, dijo:*

*“Y esto porque por más consensual que ostente un pacto de esa índole, ese sólo hecho no sirve de pretexto para derivar a través de él una actitud de buena fe que permita eximir al empleador de la consiguiente indemnización monetaria, ante el pago deficitario de las prestaciones sociales del actor. En efecto, una cláusula contractual de esa naturaleza, que indudablemente resulta ineficaz por los claros términos del art., 127 del CST., no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la mala fe de la empleadora en el deficiente pago de aquella acreencia laboral, ya que no se requiere de mayor esfuerzo para deducir que el pago de comisiones, no podía encajarse en el art., 128 el CST., para negarle su naturaleza jurídica de salario”.*

*“En consecuencia, le asiste razón al recurrente en cuanto a los desaciertos denunciados, pues los pactos sobre exclusiones salariales de cualquier beneficio, que por violar disposiciones legales se tornan ineficaces, no pueden servir de excusa por sí solos para exonerar al empleador de la indemnización moratoria, pretextando una firme creencia de su validez, pues admitir lo contrario, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia».*

Por ende, al no evidenciarse una situación que enmarque a las sociedades TALENTUM S.A.S. y TIMÓN S.A., en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión del accionante, advirtiéndose que no hay lugar a revisar la forma y montos en que fue concedida, por no haber sido objeto de alzada, confirmándose lo considerado por la Juez de primer grado.

Finalmente, en lo que refiere a la compensación alegada por la accionada Timón S.a., consistente en que, al ser un pago variable, debía determinarse la diferencia entre lo pagado y lo que indica el actor no se le pagó, para de ahí aplicar dicha excepción en especial lo relativo al cálculo para determinar el IBC por concepto de pensión sobre los \$200.000; no obstante, no tiene vocación de prosperar en tanto y en cuanto, las condenas proferidas en primera instancia tuvieron en cuenta lo pagado, ordenando únicamente las diferencias por reajuste frente a lo pagado, de modo que si bien no se indicó expresamente que la declaraba probada, no condenó al pago total de las prestaciones sociales y demás acreencias, como el pago de aportes a pensión, sino que, a lo que se condenó fue al pago de las diferencias entre lo que ya se liquidó y lo que ahora tiene que reliquidarse por esos conceptos, consistente en la suma de \$200.000 no tenidos en cuenta para tales fines, razón por la cual se confirmará la decisión en este puntual aspecto. Sin que hay lugar a pronunciarse sobre la excepción de prescripción, que, si bien fue mencionada en la alzada, no se manifestó y/o sustentó en qué consistía la inconformidad, sino para indicar que debía accederse a la compensación, teniendo en cuenta que la juez indicó que al no haber salido avante aquella, no había lugar a estudiar las demás excepciones.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, conforme las conclusiones halladas, se confirmará la decisión de primer grado.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

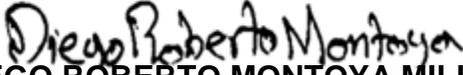
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

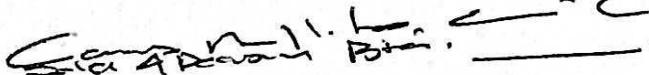
## **R E S U E L V E**

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA LUISA LEÓN DE  
MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES (RAD. 18 2019 00263 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 segundo del artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

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

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2022 («23GrabacionAudiencia.mp4», récord: 12:28), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: ABSOLVER a la demanda Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones elevadas por María Luisa León De Moreno, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*

*SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por la parte demandada.*

*TERCERO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demanda, en la suma de \$1.000.000.*

*CUARTO: 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.*

*QUINTO: 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 demandante».*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de

CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante MARÍA LUISA LEÓN DE MORENO, las pretensiones relacionadas a páginas 4 y 5 del archivo «03Demanda.pdf», las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (página 1, ibidem), aspirando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su cónyuge CARLOS ANTONIO MORENO CARDENAS, la indexación, lo ultra y extra petita, más las costas. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que, la normativa en la que se funda la aspiración fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, por lo que dicha preceptiva no le era aplicable por haber adquirido el derecho pensional con posterioridad a que empezara a regir el sistema general de pensiones.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionada de la actora tal como puede verificarse en Resolución 029754 del 27 de septiembre de 2004 (página 7 y 8, ib.), por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez, la cual fue concedida por encontrar acreditados los requisitos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por ser beneficiario del régimen de transición, según se lee de las consideraciones de tal acto administrativo, a partir del 01 de julio de 2004 en cuantía de \$501.140.

Ahora bien, persigue la demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, prestación que encuentra su regulación en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, disposición que, en su tenor literal dispone:

**«ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ.** *Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*

[...]

*b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.  
[...]*».

De allí se desprenden dos requisitos que deben ser acreditados por el pensionado para acceder al incremento, a saber: i) la condición de cónyuge o compañera/o permanente del beneficiario y, ii) la dependencia económica de aquella para con el pensionado.

Sin embargo, previo a adentrarnos al estudio de los presupuestos enunciados en el caso del convocante, es importante determinar la vigencia de estos dentro del ordenamiento jurídico, especialmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Al respecto valga indicar, este tópico particularmente ha suscitado diferentes controversias en la jurisprudencia nacional a partir de las cuales se ha planteado, entre otras, la pérdida de vigencia de estos incrementos con ocasión a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y, además, la tesis contraria en las que se determina que estos conservaron vigencia dentro de la regulación normativa nacional pese a no ser incluidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, en remplazo de la anulada SU-310 de 2017, determinó, en síntesis, que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir.

Para esa Corte, tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, aún para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición conforme lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando a salvo únicamente los derechos adquiridos.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Como sustento de su decisión estimó el Alto Tribunal Constitucional:

*«3.2.2 Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, para la Corte es claro que la anterior enunciación de principios de articulación, organización y unificación normativa se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a dicha ley. De hecho, inclusive limitando el análisis al referido principio de unificación, la doctrina especializada explica que este “tiene importantes consecuencias jurídicas, pues significa que desaparecen las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los régimen de transición normativa”.*

(...)

*3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.*

*3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21».*

Esa Corporación enfatizó que el régimen de transición reguló exclusivamente lo atinente a la adquisición del derecho a la pensión, puntualmente la protección de las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a adquirir la prerrogativa pensional, entendiendo con ello que los demás aspectos relacionados con el acceso de la pensión de vejez se encontrarían regulados por la nueva ley.

El anterior criterio, fue acogido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2061 de 2021<sup>1</sup>, en la cual abandona la postura asumida por esa

---

<sup>1</sup> “3. Incrementos por personas a cargo

*En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*

[...]

*En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por*

Corporación que predicaba que los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990 NO habían desaparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, alude a su derogatoria orgánica en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

Dicha posición jurisprudencial, adoptada por esta Sala Decisión, resulta aplicable al examine precisamente por el respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, y por tanto, para que el demandante pueda acceder a esta prestación claro resulta que debió causar la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los términos del Acuerdo 049 de 1990 puro, situación que no acaeció en autos pues si bien bajo este último precepto se reconoció la prestación, fue en aplicación del régimen de transición del cual resultó beneficiario tal como se verifica de la Resolución N° 029754 de 2004 (pág. 7), y en todo caso, con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Valga precisar, no puede predicarse la contravención de principios como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la favorabilidad, porque en el asunto no estamos en presencia de derechos adquiridos y, en todo caso, la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por ser coincidente entre los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia consultada.

---

*la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).*

[...]

#### **7. Conclusiones**

*De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.*

*De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada. (...)*

**SIN COSTAS** en esta instancia.

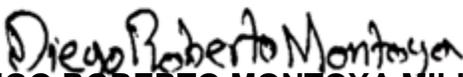
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

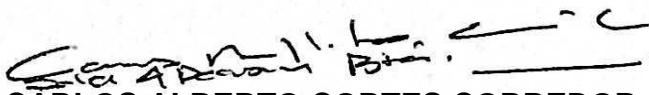
**RESUELVE**

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

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELSA MARINA CASTELLANOS CONTRA ANGELCOM S.A. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA - ADETEK EN LIQUIDACIÓN (RAD. 19 2016 00448 02).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 08 de febrero de 2022, en la que se resolvió («*ART 80 CPT SS ORDINARIO 448-2016\_20220208\_202214.mp4*», récord 57:20):

*«PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ANGELCOM S.A. y ADETEK CTA. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora ELSA MARINA CASTELLANOS identificada con la cedula de ciudadanía número 2.369.736, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas y el cobro de lo no debido.*

*TERCERO: COSTAS están a cargo de la parte demandante. Se ordena que por la Secretaría del Despacho sean liquidadas».*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación advirtiendo, se desconoció por parte de la a quo lo demostrado en torno a la realidad de la relación laboral, precisando que en casos similares contra de la empresa ADETEK CTA y que la empresa ANGELCOM, la Sala Laboral de este

Tribunal ha emitido fallos adversos a dichas empresas, de modo que la a quo desconoció cómo de manera fraudulenta la cooperativa ADETEK CTA y la empresa ANGELCOM S.A pretendieron burlar y vulnerar los derechos de la actora, desconociéndose el contrato de concesión celebrado entre ANGELCOM S.A y Transmilenio, para el recaudo del dinero, lo cual fue subcontratado por ANGELCOM y dado a ADETEK CTA para que ADETEK CTA hiciera esa labor, subcontratos que son los principales, pues fue para el recaudo en las taquillas del dinero. Señalando de este modo, no se hizo un análisis juicioso de las pruebas documentales, aportadas incluso por los mismos desmandados, como tampoco la confesión realizada por el representante legal de ANGELCOM S.A. Por tanto, solicitó se revoque la decisión, por estar demostrada la relación laboral y el fraude en el cual incurrieron estas empresas para vulnerar los derechos de la actora<sup>1</sup> (récord: 58:33, ibidem).

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

## CONSIDERACIONES

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría de manera atenta y teniendo en cuenta el fallo proferido por este despacho, pues me permitió interponer recurso de apelación frente a la providencia en los siguientes términos señoría.

*Si bien es cierto su señoría, la empresa ANGELCOM S.A y la cooperativa ADETEK CTA, teniendo en cuenta la normatividad vigente, pretendió en el campo formal y documental «cumplir», con todo lo normado, pues este despacho desconoce lo que se ha demostrado y la realidad de la relación, que es ni más ni menos que una relación laboral. Hace referencia el despacho a una jurisprudencia, pero se debe tener también en cuenta que la mayoría de fallos que se han dado en contra de la empresa ADETEK CTA, la empresa ANGELCOM S.A y la cooperativa ADETEK CTA han sido adversos a dichas empresas y por el contrario, han sido condenadas. Se debe tener en cuenta también esos fallos del Tribunal, que ya se encuentran en firme, como por ejemplo el fallo proferido por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Laboral, donde la magistrada ponente es la doctora Lucy Estela Vázquez Sarmiento, el 10 de diciembre de 2020, donde ella indica que se debe, que debe destacarse la jurisprudencia, «que debe destacarse la jurisprudencia laboral como de constitucionalidad, donde ha señalado que este mecanismo asociativo y de producción no puede ser utilizado como herramienta para modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo, con mayor razón si el artículo séptimo de la ley 1233 de 2008 prohíbe su intermediación laboral, de manera que a efectos de establecer si en realidad existe honra al acuerdo cooperativo, se debe establecer si efectivamente hubo voluntariedad en las partes que acudieron a la forma contractual escogida, el tipo de finalidad con la que se acude a la forma contractual, pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes de la entidad o si se encuentra la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que pueden retirarse trabajadores de sus nóminas o recortarse plantas de personal o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación laboral y finalmente examinar la prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe», por tanto, este despacho desconoce cómo de manera fraudulenta la cooperativa ADETEK CTA y la empresa ANGELCOM S.A pretendió burlar y vulnerar los derechos de mi representada.*

*Este despacho desconoce que el contrato de concesión celebrado entre ANGELCOM S.A y Transmilenio fue el recaudo del dinero y ese recaudo del dinero fue subcontratado por ANGELCOM S.A. y dado a ADETEK CTA para que ADETEK CTA hiciera esa labor. Este despacho echa de menos que los otros subcontratos que alegan ellos que son los principales, pues definitivamente no son los principales, son trabajos accesorios, porque como se ha indicado y como el representante legal lo aceptó, fue contratado o se ganó esa concesión, fue para el recaudo en las taquillas del dinero, contrario es, que el representante legal de ANGELCOM S.A pretende desdibujar el contrato que hace parte del expediente y pretende matizar ese contrato para vulnerar los derechos de mi representada. Este despacho no tiene en cuenta las pruebas, que ellos mismos, los demandados arrimaron al expediente y no se hace un análisis juicioso de dichos documentos, que repito, los mismos demandados allegaron al expediente, tampoco se tiene en cuenta la confesión realizada por el representante legal de ANGELCOM S.A.*

*Por tanto, solicitó al Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá, que revoque dicha decisión, toda vez que a todas luces está demostrada la relación laboral y el fraude en el cual incurrieron estas empresas o esta empresa y esta cooperativa para vulnerar los derechos de mi representada, tampoco se tienen en cuenta los alegatos de conclusión que se presentaron el día de hoy por el suscrito, de esta manera, su señoría dejó expuesto el recurso de apelación y solicitó al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral para que sea revocada esta decisión y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. Gracias su señoría».*

**Constituyeron los anhelos del demandante ELSA MARINA CASTELLANOS en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (págs. 5 a 7 «1. PROCESO 2016-448 ESCANEADO.pdf»), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas (págs. 7 a 10, ib.),** inicialmente encaminadas, principalmente a que se declare que entre la demandante y las demandadas TRANSMILENIO y ANGELCOM existió una relación laboral del 26 de enero del 2005 al 30 de mayo del 2015, siendo ADETEK CTA EN LIQUIDACIÓN solidariamente responsables de las condenas que se llegaren a imponer, en consecuencia solicitó el pago de salarios dejados de percibir, horas extras diurnas y nocturna, dominicales y festivos, intereses moratorios, cesantías con intereses, indemnización de la Ley 776 del 2002 o en subsidio la pensión de invalidez, la indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, auxilio de transporte, daños morales, indexación de las sumas adeudadas y costas del proceso. Mediante providencia del 22 de noviembre de 2019, esta Corporación ordenó desvincular del litigio a TRANSMILENIO S.A., por falta de reclamación administrativa, continuando el proceso contra las demás demandadas y por las aludidas pretensiones. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor ELSA MARINA CASTELLANOS, tras considerar que la parte actora no cumplió con la carga de probar la prestación personal del servicio frente ANGELCOM S.A.S., no siendo posible determinar este elemento de las pruebas recaudadas, aunado a que tampoco se demostró una eventual subordinación de aquella sobre la demandante, en ejercicio del convenio de asociación. Adicionalmente, que, de las pruebas documentales, se advierte que fue -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN quien cumplió con la carga de pagar la contraprestación por el servicio de la demandante y fue quien lo afilió y realizó el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Hecho el recuento de los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el 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, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el demandante i) en virtud del principio de primacía de la realidad, fue trabajadora de ANGELCOM S.A., pese a haber suscrito un convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento entre la actora y ANGELCOM S.A.S. se presenta en ese sentido, pues la demandante afirma que, pese a celebrar un contrato laboral con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, prestaba, efectivamente, sus servicios a ANGELCOM S.A.S. Ésta se opone al indicar que la relación laboral pretendida por el convocante no existió, por cuanto estaba vinculado mediante convenio de asociación con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura es la forma como se ejecuta la prestación, pues prima la realidad *«en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos»*<sup>2</sup>

No obstante, aunque la doctrina y la jurisprudencia permiten examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por el actor, quien afirma haber prestado sus servicios para ANGELCOM S.A., lo cierto es que, para que pueda ser beneficiario de la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio frente a quienes se invoca el vínculo, por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, lo que hubiera implicado que aquellas tendrían que desvirtuar su existencia.

Para resolver y teniendo en cuenta que la defensa de ANGELCOM S.A. se centra en argumentar que el vínculo del demandante fue con -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por la demandante (pág.

---

<sup>2</sup> Citado por Américo Pla Rodríguez «Los Principios del Derecho del Trabajo», de De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

441, ib.) debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que:

*«El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice». A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas «...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado».*

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000<sup>3</sup>

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

*«ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios».*

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

*«1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*

---

<sup>3</sup> “Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado** y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursoas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala)

(...).

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

**«Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes»** (Resalta la Sala).

Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas es menester, el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas y que pasan a valorarse.

La demandante aportó a folios 18 a 22 del cuaderno físico, constancias y/o certificaciones expedidas por la Gerente General de la CTA ADETEK donde se indica que labora con esa cooperativa con un convenio de trabajo asociado, desde el 2 de enero de 2005 convenio de asociación que suscribió con la CTA ADETEK el 31 de enero de 2003; comunicación de fecha 05 de junio de 2015, donde se le acepta a la actora la decisión de renunciar a la cooperativa -fl. 24. Comunicaciones de la Gerente General de ADETEK notificándole a la actora sobre traslados en los cargos de Taquilla, Auxiliar de Estación Relevo, Auxiliar de Estación -fls. 27 a 31.

De igual modo, se adosó convenio de asociación que suscribió con la CTA ADETEK el 25 enero de 20065 cuyo objeto era vincular su trabajo personal como asociado y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria (fl. 441); dicha documental también fue aportada junto con la solicitud de ingreso a la cooperativa suscrita por la actora (fl.

425), la aceptación de ingreso a la CTA (fl.426) y la constancia suscrita por la demandante donde manifestó conocer el contenido de los estatutos y el régimen de trabajo asociado, así como las evaluaciones de desempeño respecto de los puestos de trabajo desempeñados en la CTA (fls. 427 a 438 74). Así mismo, a folios 462 a 476, obran las investigaciones disciplinarias a la demandante, por parte -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, durante la vigencia del vínculo asociativo.

También fue allegada al plenario, a folios 477, la misiva con la que la demandante, el 31 de mayo de 2015, renuncia como asociado de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y la carta de aceptación de la renuncia, del 24 de enero de 2013. Dichos documentos no fueron tachados por las partes y en virtud de lo dispuesto en el artículo 244 del CGP son considerados auténticos.

De dichos documentos no se puede establecer la prestación del servicio de la actora en favor de ANGELCOM, de su texto solo se advierte que como trabajadora asociado de la CTA ADETEK desempeñó funciones como Auxiliar de Taquilla, Auxiliar de Estación Relevo, Auxiliar de Estación, hechos que se ratifican con las mencionadas documentales, los cuales acreditan que la señora ELSA MARINA CASTELLANOS como asociada de ADETEK desempeñaba labores de auxiliar o en las taquillas para el recaudo diario en las estaciones de TRANSMILENIO en virtud de la concesión otorgada a la empresa ANGELCOM ( Cd. FI. 100) quien a su vez suscribió un convenio cooperativo de gestión administrativa con ADETEK (fl.363) cuyo objeto era:

*«LA COOPERATIVA se obliga a prestarle a la empresa CONTRATANTE el servicio de apoyo administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el convenio que EL CONTRATANTE tiene actualmente vigente con TRANSMILENIO».*

Del material probatorio hasta aquí relacionado, es fácil advertir, que no existe probanza alguna que dé certeza de los elementos configurativos del contrato de trabajo que se predica en la demanda con ANGELCOM, esencialmente en lo que respecta a la subordinación, que en el caso en estudio, sería el que indiscutiblemente diferenciaría el contrato regido por el código laboral con el de cooperativismo, contrario sensu, se establece que:

i) Los servicios desarrollados por el gestor correspondían a labores propias de recaudo, labores que son precisamente las que están contempladas en los estatutos de la cooperativa convocada y en objeto social contenido en el certificado de existencia

y representación. ii) La demandante desde un comienzo conocía la forma de vinculación, se sujetó a las reglas y estatutos de la cooperativa encartada, además, diligenció la solicitud de admisión de manera libre y voluntaria (fl. 441), se sometió al proceso establecido para su ingreso a la cooperativa, conoció los estatutos de la cooperativa (fls. 425 y 427), realizó cursos de cooperativismo, economía solidaria y trabajo asociado (fls. 439); iii) La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ADETEK, le concedió las compensaciones ordinarias, suplementarias y por descanso a las que tenía derecho la demandante tal como se vislumbra con la documental aportada a folios 442, 444 a 452, 487 a 492; iv) La CTA encartada realizó las respectivas afiliaciones y cotizaciones al sistema general de seguridad social y a la caja de compensación (fls.453 a 461).

Ahora en lo que tiene que ver con las pruebas recaudadas en audiencia por la a quo se tiene que el representante legal de la demandada -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, absolvió interrogatorio de parte, el cual se concentró en ilustrar las características del convenio sostenido entre esta y ANGELCOM S.A.S., cuyo objeto era la prestación de servicios de procesos y subprocesos no misionales, para desarrollar labores operativas de recaudo, reiterando, la actora estuvo vinculada como trabajador asociado como taquillera y auxiliar de taquilla, en tal virtud se le pagaron todos los aportes al sistema de la Seguridad Social en virtud, junto a las compensaciones y bonificaciones.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada ANGELCOM S.A.S, se logró determinar que dicha sociedad tiene por objeto social la prestación de servicios de tecnología y telecomunicaciones; en virtud de esas actividades señaló que TRANSMILENIO S.A. le adjudicó a ANGELCOM S.A.S. la concesión del sistema-plataforma tecnológica de recaudo correspondiente a la primera y segunda fase de TRANSMILENIO S.A., razón por la que prestaba el servicio de soporte y gestión del funcionamiento del referido sistema.

Ahora, en lo que respecta a -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN, como quiera que ANGELCOM no presta servicios logísticos o de manejos administrativos y con el objeto de cumplir cabalmente el convenio que existía con TRANSMILENIO S.A., contrató los servicios con la CTA, para que se encargara del subproceso administrativo y logística con el personal que tenía la cooperativa. Aclaró que los elementos de trabajo

pertenecían a la concesión y específicamente al distrito de Bogotá, de igual forma, que ANGELCOM S.A.S. no tuvo ninguna relación con la demandante, pues su relación era con ADETEK.

De estos medios de prueba, se infiere las circunstancias en las que se desarrolló la ejecución de los vínculos comerciales entre las dos llamadas a juicio y las indicaciones específicas sobre la estructura y funcionamiento de -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN en la ejecución del contrato comercial con ANGELCOM S.A.S., pero no existe ningún tipo de confesión que favorezca los intereses del convocante a juicio.

De otra parte, la demandante al absolver su interrogatorio, aceptó que se vinculó con ADETEK CTA. como trabajador asociado, pero a su juicio era un contrato de trabajo laboral a término indefinido. Aceptó que su vinculación fue libre y voluntaria, llevando la hoja de vida a la cooperativa; aceptó que conocía los estatutos y reglamentos de la CTA una vez ingresó a la cooperativa, además recibió curso básico con énfasis en trabajo asociado, aunque aclaró que eran charlas las que recibían, incluso por fuera del horario laboral. También participó en las distintas asambleas generales de delegados de la cooperativa e hizo uso del derecho al voto, aunque precisó ello era obligatorio, so pena de sanción; precisó que recibía directrices e instrucciones por parte de un compañero o coordinador de ADETEK, pero que era ante la persona encargada de ANGELCOM era que informaba directamente, y que dicha CTA era la que le reconocía los pagos por compensaciones, auxilio de transporte y alimentos o de descanso anual, incluso confesó que las llamadas de atención, sanciones o amonestaciones eran impuestas por parte de ADETEK directamente. De igual modo, indicó que no suscribió ningún documento contractual directamente con ANGELCOM.

Afirmaciones que ratifican su calidad de trabajador asociado de ADETEK y que no brindan insumo alguno del que pueda predicarse la existencia de una prestación del servicio subordinada para ANGELCOM.

Por otro lado, se recaudaron los testimonios de RICARDO RENDÓN JARAMILLO, YANIT MONTERO ANGULO y YASMINE SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.

El señor RICARDO RENDÓN JARAMILLO, manifestó haber conocido a la actora por cuanto también estuvo vinculado con ADETEK entre julio de 2003 y abril de 2013, de

modo que laboró con la actora en las estaciones de Transmilenio; que *entiende*, de acuerdo a lo que le habló con la demandante, que esta entró a trabajar en el año 2005 y en una estación distinta de donde él estaba laborando, aunque después estuvo en la misma que él. Que quien le daba las órdenes a ella, eran ANGELCOM y TRANSMILENIO, que las capacitaciones eran dadas por ANGELCOM y en ocasiones TRANSMILENIO; que la señora Elsa cumplía horarios en jornadas de 04:00 am A 02:00 pm según le comunicaba el coordinador, que entendía era de ANGELCOM; dijo igualmente, que *entendía* que la actora había laborado hasta el año 2015 con otra empresa, lo cual sabe porque la demandante se lo contó. De otro lado, indicó que en cuanto a lo administrativo la actora se entendía con ADETEK, quien hacía los pagos.

De otro lado se tiene que la señora YANIT MONTERO ANGULO quien fue objeto de tacha de sospecha, explicó que conoce a la actora por haber laborado juntas en las taquillas de TRANSMILENIO en el año 2005, en la estación de la calle 142 donde la testigo trabajó durante 5 años por vinculación a través de ADETEK, indicando que la demandante ingresó en el 2005 y compartió directamente con ella hasta el año 2010. Señaló que en desarrollo de sus labores tenían muchos jefes, tanto de Transmilenio, como de Angelcom y de ADETEK, dependiendo de la situación que se presentara. Manifestó que las órdenes a la señora venían del coordinador inmediato, que era compañero de ADETEK, pero también podía ser de un funcionario de Transmilenio o de Angelcom. Que el cargo de la actora, era el de taquillera, que si bien las sanciones provenían de ADETEK era porque previamente tanto TRANSMILENIO como ANGELCOM las tramitaban previamente, agregó, que los pagos de las compensaciones los hacía ADETEK.

De las manifestaciones expuestas no se puede colegir la existencia del algún indicio del que se pueda colegir con certeza que entre el demandante y ANGELCOM existió algún tipo de prestación del servicio subordinada, sólo se acredita las funciones que la señora demandante desempeñaba como Auxiliar de Taquilla de ADETEK, específicamente la de coordinación del personal asignado por ADETEK a cada una de las estaciones de TRANSMILENIO.

Ahora frente a la declaración de la testigo YASMINE SANCHEZ, quien se desempeñó como Gerente General y asociada de ADETEK desde el año 2002 hasta el año 2015, testigo que indicó conocer a la actora porque también tuvo la calidad de asociada de

la cooperativa, ilustró igualmente el proceso de vinculación a la CTA y el proceso de recaudo de TRANSMILENIO S.A. Las dotaciones y medios de trabajo los entregaba la cooperativa. Finalmente, aclara que todas las investigaciones en contra -ADETEK- EN LIQUIDACIÓN y ANGELCOM S.A.S. fueron archivadas y las que, inicialmente, prosperaron, fueron revocadas.

Corolario a lo relacionado válido es concluir que en el presente caso en principio no se probó la existencia de una prestación del servicio en favor directamente de ANGELCOM, ahora en gracia de discusión, la presunción establecida en el art. 24 del CST quedaría desvirtuada, pues a juicio de esta sala de decisión del material probatorio recaudado, lo que surge con claridad es que los servicios prestados por la actora lo fueron en su calidad de trabajador asociado de la cooperativa, bajo la guía de esta y regida por los estatutos que gobiernan la actividad del ente cooperativo, forma de vinculación que conoció y aceptó desde un principio, ejerciendo de manera activa su rol de asociada.

Es importante precisar, el recurso de alzada se funda en que la juez valoró indebidamente documentales que no guardan relación con la realidad; sin embargo, la Sala precisa que tales manifestaciones resulten insuficientes para desatar el objeto de la litis o para contrariar las conclusiones a las que ha llegado esta Corporación luego del análisis del caudal probatorio, enfatizando, que tales reparos del recurrente son genéricos, pues no precisó que documentos en concreto carecen de ese valor y, mucho menos, desplegó la actividad probatoria enfocada en desvirtuar el contenido de los mismos.

Dadas las anteriores consideraciones se confirmará la decisión de primera instancia, en la medida que en este caso no se configuró la existencia de ningún contrato de trabajo y en consecuencia no hay lugar a estudiar las restantes pretensiones de la demanda.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas, se confirmará la sentencia de primer grado.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

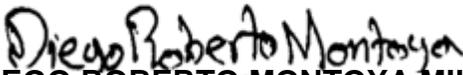
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

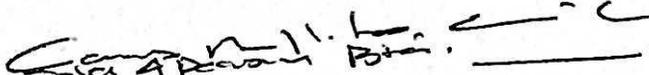
**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

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

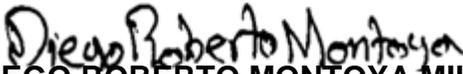
*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

  
**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIBARDO GUTIERREZ  
TORRES CONTRA INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A., TN  
COLOMBIA S.A.S. y CONSORCIO TELENACIONAL (RAD. 20 2021 00591 01-  
02-03).**

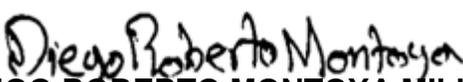
Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

El apoderado de las demandadas, mediante correo electrónico de 04 de noviembre de 2022 manifiesta que DESISTE de los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de mayo del 2022.

Así las cosas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 316 del C.G.P., **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso impetrado por tener dicho profesional del derecho la facultad para ello según el poder que milita en el expediente digital (Exp. Digital: «06AnexosPruebasContestación.pdf», pág. 154). **COSTAS** a cargo de ese extremo procesal, conforme lo prevé el inciso 3 del aludido precepto.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, a cargo de las demandadas, 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**

Una vez resuelto lo anterior y vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 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 actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de mayo de 2022, en la que se resolvió («08Audiencia77y80CPTSS.mp4», récord: 3:11:07):

*«PRIMERO: DECLARAR como único y verdadero empleador del demandante Sr. LIBARDO GUTIERREZ TORRES a la sociedad INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A., entre los cuales existió un vínculo laboral bajo un contrato a término indefinido, entre 12 de diciembre de 2011 al 14 de abril de 2021, que terminó de forma unilateral por el parte del empleador.*

*SEGUNDO: ABSOLVER la sociedad demandada INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A, de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

*TERCERO: ABSOLVER a las sociedades TN COLOMBIA S.A.S. y CONSORCIO TELENACIONAL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor LIBARDO GUTIERREZ TORRES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

*CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandante y a favor de las demandas. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual vigente».*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora la apeló arguyendo que el actor se encuentra protegido con el fuero de pre pensionado, toda vez que le faltan 3 años para acumular la totalidad del capital requerido para obtener la pensión de vejez, como lo indica la sentencia SU-003 del 2018, de modo que por esta razón fue objeto de discriminación, por su fuero estabilidad laboral reforzada de pre pensionado y la terminación laboral se dio por esa injusta causa y no por falta de sus obligaciones y/o funciones<sup>1</sup> (récord: 3:12:57, ib.)

---

<sup>1</sup> «Muchas gracias su señoría, de acuerdo con la decisión tomada en primera instancia, me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá sala laboral, con el fin que sea revocada la sentencia de primera instancia, toda vez que mi poderdante LIBARDO GUTIERREZ se encuentra protegido con el fuero de pre pensionado, toda vez que le faltan 3 años para

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 LIBARDO GUTIERREZ TORRES en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 6 y 7, «01DemandayReparto.pdf»), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a páginas 3 a 6, ibidem, encaminadas de manera principal a que se declara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las demandadas INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A., a TN COLOMBIA S.A.S y a CONSORCIO TELENACIONAL, entre 12 de diciembre de 2011 y terminado de forma unilateral por el parte del empleador el 14 de abril de 2021; se condene a las demandadas al reintegro a un cargo igual, similar o de superior jerarquía al que desempeñaba al momento de su despido, sin solución de continuidad, junto al pago y reconocimiento de los salarios y prestaciones adeudados debidamente indexados, dejados de percibir desde el 14 de abril de 2021, aportes a seguridad social, exceptuándose los pagos a salud y riesgos profesionales, descontándose lo recibido por indemnización por despido injustificado. Adicionalmente, «se condene a las demandadas INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A., a TN COLOMBIA S.A.S y a CONSORCIO TELENACIONAL, de manera solidaria, a reconocer y pagar [...] la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 esto es, 180 días de salario», así como al pago de «los daños morales por la frustración, tristeza y sentimientos negativos debido a la pérdida de identidad laboral», lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor, condenando en costas a esta última. Para arribar a tal conclusión el juez de primer grado discurreó, conforme a las pruebas aportadas al expediente el verdadero empleador del demandante era la demandada INTERNACIONAL DE CELULARES**

---

*acumular la totalidad del capital requerido para obtener la pensión de vejez, como lo indica la sentencia SU 003 del 2018, se tiene entonces que el señor LIBARDO fue objeto de discriminación por su estabilidad, por su fuero estabilidad laboral reforzada de pre pensionado, y su señoría se tiene que la terminación laboral se dio por, sin justa causa y no por falta de sus obligaciones y/o funciones... (inaudible) acto discriminatorio contra mi poderdante, por lo anterior, solicito a los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito judicial sala laboral se revoque la decisión de primera instancia y se acceda de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias».*

ICELL S.A., bajo un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 12 de diciembre del 2011 al 14 de abril del 2021, que terminó de forma unilateral sin justa causa por parte del empleador, cancelándole la correspondiente indemnización por despido sin justa causa. Por otra parte, frente a la condición de prepensionado indicó que el demandante al estar afiliado al RAIS cuenta con más del mínimo de semanas requerida para acceder a la garantía de pensión mínima establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, faltándole entonces como único requisito la edad, por lo que no le era aplicable lo establecido en la sentencia SU-003 del 2018, aplicable a los afiliados al RAIS, por tanto, no se encuentra en riesgo la consolidación de la expectativa pensional del mismo, pues era posible acreditarla sin vinculación laboral vigente, pues no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al sistema de pensiones, de ahí que el derecho pensional del actor no se frustra; motivo por el cual, a voces de la Corte Constitucional el demandante no cuenta con la estabilidad laboral reforzada, como tampoco acredita la condición de prepensión.

Con relación a la indemnización del artículo 26 de la Ley 36 de 1997 y los daños Morales, estimó, que la primera no era procedente pues dicha sanción estaba contemplada para los casos donde se demostrara que el trabajador era retirado de su trabajo por sus limitaciones físicas por su estado de salud y en el presente caso, las pretensiones del actor giraban en torno a la estabilidad laboral reforzada del demandante pero por la calidad de pensionado, por lo que no había lugar a condenar a la demandada a dicha sanción, máxime, que en el transcurso del proceso no se debatió ni nada se dijo sobre el estado de salud del actor. De igual modo, indicó frente a los perjuicios o daños morales, en razón a que dentro del expediente no obraba prueba alguna que diera cuenta de cuáles fueron los daños causados al demandante.

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*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada INTERNACIONAL DE CELULARES ICELL S.A., el cual inició el 12 de diciembre de 2011 y terminó el 14 de abril de 2021 por decisión unilateral de la empleadora, tal como quedó definido en la sentenciad de primera grado, también fue aceptado por dicha empresa y tampoco fue objeto de alzada.

En esos términos, el problema jurídico a resolver recae en determinar si el actor al momento de dársele por terminado el contrato, estaba amparado o no por la estabilidad laboral de pre pensionado, por cuanto le faltaban tres años o menos para alcanzar la edad para adquirir la pensión.

De las pruebas arrimadas al expediente, en especial la comunicación allegada por el mismo demandante, donde la AFP COLFONDOS le indica para efectos de calcularle el monto de la pensión en su calidad de afiliado de ese fondo, que, para esa fecha, 23 de junio de 2021 contabilizaba 1.914 semanas (págs. 43 y 44, «01DemandayReparto.pdf»). De otra parte, se tiene que, al momento de fenecer el contrato de trabajo, el 14 de abril de 2021 (pág. 22, ib.), el accionante contaba con 59 años de edad, pues nació el 01 de agosto de 1961 tal como se constata con la copia de la cédula de ciudadanía obrante a página 14 ibidem.

Ahora bien, conforme a lo expuesto resulta necesario traer a colación lo expuesto en la sentencia SU-003 de 2018, donde la Corte Constitucional consagró las reglas a tener en cuenta para amparar el derecho a la Estabilidad Laboral de pre pensionados, precisando:

*«[...] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*

“60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

*“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”<sup>1561</sup>.*

*“Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.*

*“La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.*

*“Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones<sup>1571</sup>.*

*“En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente».*

Criterio que también puede encontrarse en la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL1462-2021 y CSJ SL442-2022. Criterio del cual puede extraerse que quien cotice al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, también puede ser considerado un prepensionado. Sin embargo, dado que los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son sustancialmente distintos, se consideró que podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo (saldos acumulados) previsto para acreditar el derecho, sin embargo, para aclarar tal circunstancia, es menester recordar que mediante sentencia CC T-055 de 2020, la Corte Constitucional, donde se analizó un caso de similares contornos al que acá se analiza, en el que un trabajador

desvinculado solicitaba el reintegro, alegando tener la condición de prepensionado por encontrarse afiliado a un fondo privado y, no contar con el capital suficiente para acceder a una pensión mínima, la Alta Corporación le señaló al accionante, si bien estaba a la espera de cumplir los 62 años, y no cumplía con el monto mínimo en su cuenta para pensionarse de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, había superado las semanas exigidas que le permitían beneficiarse con la garantía de pensión mínima y por tanto, no contaba con el fuero de prepensionado, pues el derecho pensional del accionante no se frustró, en tanto y en cuanto, contaba con las cotizaciones mínimas exigidas para acceder a la garantía de la pensión mínima en el RAIS.

En este punto, resulta importante recordar que la garantía estatal de pensión mínima, en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, está consagrada en favor de los afiliados que reúnan, para el caso de los hombres 62 años y para el caso de las mujeres 57 años y, además, hubiesen cotizado como mínimo 1.150 semanas, además, no haber alcanzado a generar una pensión igual o superior al valor del salario mínimo legal mensual vigente (art. 66, ibidem), esto es, no tener en su cuenta de ahorro pensional el capital suficiente para financiar una pensión de vejez igual o superior a tal monto.

Así las cosas, conforme a los postulados jurisprudenciales y legales expuestos, resulta forzoso concluir, al demandante no le asiste el derecho para entender que se encontraba al momento de su despido, en la condición de pre pensionado, ya que cuando su vínculo contractual laboral feneció, contaba con un cúmulo de semanas de que superaba las 1.150, tal como se admite en los hechos de la demanda y se corrobora con el documento citada en precedencia, tiempo suficiente para acceder a su prestación a la luz del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y el hecho de que no haya tenido el requisito de la edad a la terminación del contrato, no frustra el acceso a la pensión toda vez que esta se puede adquirir con o sin vinculación laboral vigente, tal como se precisó en precedencia. De este modo, debe confirmarse la decisión de primer grado, por arribar a similares conclusiones.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose agotado la competencia de la Sala 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.

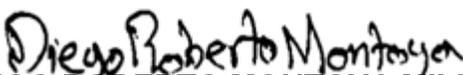
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

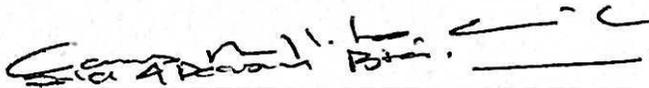
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con las precisas razones expuestas 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JHON NEVY BOLÍVAR RODRÍGUEZ  
CONTRA RCN TELEVISIÓN S.A.S. (RAD. 21 2021 00082 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 del demandante, de la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 6 de mayo del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 17 expediente digital, récord: 35:17*), en la que se resolvió:

*“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las excepciones incoadas en su contra.*

*SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas inexistencia de culpa patronal e Inexistencia de desmejoramiento salarial.*

*TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante y en favor de la demandada, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

*CUARTO: En caso de no presentarse apelación, remítase el expediente al superior para surtir el grado de consulta.”*

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 actora, 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 ordinario las pretensiones relacionadas en la paginas 7 y 8 del escrito de subsanación de la demanda (Archivo 5 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 4 a 7 ibídem,** solicitando principalmente se declare que la demandada es legalmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados por el accidente laboral del 11 de noviembre del 2013, en consecuencia se condene al pago de los montos dinerarios que dejó de percibir desde la ocurrencia del hecho, la indemnización por daños morales en \$90.852.600, nivelación del salario teniendo en cuenta que se encontraba percibiendo un 67.51% adicional al básico, derechos *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

A fin de tomar decisión de fondo explicó que de las pruebas traídas a juicio, y valoradas en su integridad, del infortunado accidente de trabajo sufrido por el accionante no se encuentra presupuesto que permita concluir culpa del empleador por no tomar las medidas de protección en trabajo en alturas como se sostiene en el escrito inaugural, como quiera que, para que se den los presupuestos de trabajo en alturas y se abra paso a las exigencias y reglamentaciones para este tipo de labor, es necesario que el trabajo se realice desde los 1.50cm en adelante, lo cual no acaecido pues el escalón, cajón o plataforma del cual cayó el señor Bolívar tenía una medida aproximada de 50 cm a 60 cm, sin que en todo caso superara 1.50cm, precisando que el demandante no objetó los informes de ARL, donde se consignaba que la caída se produjo a 50 cm, y además no se cuestionó porque en su historia clínica reposaba la misma información, aunado a que los testigos que estaban en el lugar de los hechos refieren de manera conteste que no fue superada esta altura.

Adujo que se le están respetando los derechos salariales al trabajador y que los pagos adicionales que echa de menos, tienen que ver directamente con el trabajo suplementario y la remuneración adicional que estos le significaban en su nómina mensual; como quiera que, al no estar en condiciones físicas de realizar trabajos extra, no tiene tal remuneración.

En cuanto a la nivelación salarial expreso que en el plenario no obran documentales, ni testimoniales que den cuenta de un comparativo entre el ingreso del demandante y el de otro u otros compañeros con exactamente el mismo cargo, funciones, experiencia y condiciones laborales que generen un salario mayor al demandante, por lo cual no se demuestra la diferenciación de la que el accionante habla.

Así las cosas y para resolver el presente proceso por la vía del grado jurisdiccional de consulta en favor del señor JHON NEVY BOLIVAR RODRÍGUEZ se tiene que no es objeto de debate en esta instancia que: i) entre las partes existe un contrato de trabajo vigente desde el 22 de febrero del 2010, hecho que incluso se ratifica con el contrato de trabajo aportado por la accionada (Archivo 9 digital págs. 13 a 18); ii) que el señor demandante desempeña el cargo de AUXILIAR DE LUCES y iii) que sufrió un accidente de trabajo el día 11 de noviembre del 2013, como la misma demandada lo reportó a la ARL LIBERTY (pág. 19 ibídem).

Pues bien, corresponde entonces a esta Sala determinar sí hay lugar a: declarar la responsabilidad por culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el demandante y por ende la procedencia del pago de la indemnización por daños morales, como de los dineros que dejó de percibir a causa de dicho accidente y la nivelación salarial.

En este orden de ideas se debe tener en cuenta, que todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T., que en su tenor literal prevé:

*“Artículo 216: Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...).”*

En esta última –responsabilidad subjetiva-, que es la que al caso interesa, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica, por lo que indispensable resulta la acreditación, no solo de la ocurrencia del siniestro, sino también la demostración con suficiencia de la culpa del empleador.

Esta directriz debe acompasarse con el artículo 1604 del C.C. en el que se señala que *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”*

Sobre el concepto de culpa, la ley distingue tres clases de culpa (artículo 63 Código Civil):

*“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”*

Al respecto, bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894:

*“(…) Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios*

*recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del Código Civil, (...)*

***Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo —conmutativo— es la “leve” (...)***

*En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la “culpa levisima”, pues como lo enseña el citado artículo 1604 del Código Civil opera solo en los contratos en los cuales “el deudor es el único que reporta beneficio”, que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.*

*El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no solo en la sentencia que atinadamente cita el tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:*

*“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.*

***Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios”*** (negrilla fuera del texto)

Ahora, como se anotó, para que proceda la indemnización solicitada debe comprobarse palmariamente que la enfermedad o el accidente sufrido por el trabajador fue con ocasión y causa imputable a la culpa del patrono, es decir, que haya mediado grado de impericia, negligencia o falta de cuidado en éste y como consecuencia de ello, se haya producido el hecho.

Igualmente, se resalta que conforme el artículo 1757 *ibídem*, quien tiene la carga de la prueba es aquella persona que alega la existencia de una obligación o su extinción, de manera tal que, para el presente caso, debe ser la parte actora quien pruebe la culpa, momento en el cual la carga será trasladada a la empresa demandada.

Lo anterior cobra trascendencia si se tiene en cuenta el concepto de accidente de trabajo establecido en el art. 3 de la Ley 1562 de 2012 que enseña:

**“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.”*

Lo que quiere decir que para la procedencia de la indemnización de que trata el art. 216 del CST, para que el hecho objeto de indemnización se considere un accidente de trabajo debe ser: i) repentino; ii) que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que, además, iii) produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

El órgano de cierre se ha ocupado de delinear lo que incumbe demostrar a cada parte del proceso, cuando se trata de verificar los supuestos para que opere la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216; en sentencia CSJ SL12707-2017 reiterada en sentencia SL4172-2021, precisó:

*“además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe estar la «culpa suficientemente comprobada» del empleador, responsabilidad que tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo”.*

*“La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador o causahabientes los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el*

*empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem.*

*Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que “...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...” (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior “...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador o sus herederos le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».*

En ese orden, a efectos de corroborar si el accidente de trabajo sufrido por el señor JHON NEVY BOLIVAR RODRIGUEZ, es por responsabilidad o culpa achacable a su empleador, procede la Sala con el análisis íntegro del acervo probatorio, advirtiéndose la parte actora en el escrito genitor aduce que el 9 de noviembre del 2013 la sociedad RCN TELEVISIÓN S.A. inicio labores de montaje para el reinado de belleza en la ciudad de Cartagena lo cual se hace sobre una tarima de 1.50 metros de altura, señalando que para ello se requiere que el personal cuente con el curso de alturas vigente.

Afirma que la empresa RCN no siguió los protocolos de seguridad, pues no contaba con los permisos de trabajo en alturas ni con los elementos de protección de personal para la realización de dichas labores, aduciendo que para el 11 de noviembre del 2013 después de 29 horas de trabajo seguidas debido al cansancio sufre el accidente quedando inconsciente al caer de una altura de 1.50 metros.

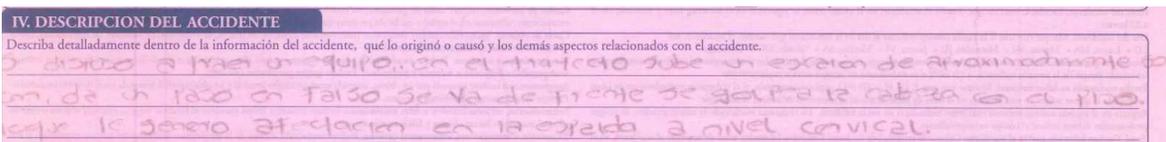
Ahora bien, para dilucidar este aspecto, se tiene que la normatividad vigente para la fecha del accidente define el trabajo en alturas como aquel que se realiza a 1.50 metros o más sobre un nivel inferior -Resolución No. 1409 del 23 de julio del 2012 “Por la cual se establece el Reglamento de Seguridad para protección contra caídas en trabajo en alturas”-

Para acreditar esa presunta **culpa del empleador**, el demandante aportó dictamen de pérdida de capacidad laboral (pág. 112 archivo 5 expediente digital) expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde se le determinó un PCL del 37.64% con fecha de estructuración 11 de noviembre del 2013 origen accidente de trabajo y en cuyo análisis y conclusiones se expuso: “*Se trata de paciente de 36 años, Técnico en RCN Televisión S.A., desde hace 6 años quien presentó accidente de trabajo el 11 de noviembre de 2013 al subir a tarima, se cayó desde aproximadamente un metro de altura con trauma en cabeza...*”

También se aportó la INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTE E INCIDENTE DE TRABAJO en la que se anotó (pág. 121 íbidem):

DESCRIPCIÓN DEL ACCIDENTE O INCIDENTE DE TRABAJO	AREA DONDE SUCEDIÓ EL ACCIDENTE O INCIDENTE
Se dispuso a traer un equipo, en el trayecto sube un escalón de aproximadamente 50 cm mediante un salto, da un paso en falso se va de frente y se golpea la cabeza con el piso lo que generó afectación en la espalda a nivel cervical.	Area externa, reinado nacional de la belleza.

Igualmente, en el reporte ante la ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., se manifestó (Archivo 9 expediente digital, pág. 19):



Por otro lado, en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, al preguntarse cual fue la altura desde la que cayó (*Audio archivo 14 expediente virtual Récord: 1:35:32 a 1:37:17*), señala que fue aproximadamente 50cm o 60cm y que venía caminando por una tarima y al finalizar salta y cae al vacío, precisando llevaba trabajando 27 horas seguidas, explicando que fue a recoger un equipo y cuando se devolvió con el mismo fue que le sucedió dicho accidente.

Dicha situación fue corroborada por los testigos JUAN DIEGO HERNANDEZ TRIANA (Ingeniero Electrónico) y ALEXANDER VARGAS DEBIA (conductor y auxiliar de cámara) quienes trabajaban con el demandante para la época del accidente, manifestando el primero de ellos que no presenció el accidente pues se encontraba en un corredor tomando agua pero puede afirmar que el mismo si ocurrió porque se encontraba en el lugar de los hechos, expresando que el

demandante se cayó de una tarima de 60cm o 1 metro aproximadamente y que cree que fue el demandante el que no uso las escaleras y siguió derecho por el vacío, explicando que escucho el golpe y cuando fue al lugar del suceso el accionante se encontraba inconsciente. Aclaró que había unos escalones para ingresar a la tarima y que se podía dar un paso largo para acceder al corredor, pero que el demandante no uso las escaleras y por ende siguió derecho por el vacío de 60cm.

El segundo de los deponentes, por el contrario, si estaba con el actor para el momento de los hechos explicando que iban los dos y en un momento para cruzar la tarima se estrelló contra un muro y cayó al piso, de una altura de 25 o 30cm.

De lo visto se precisa, que la causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento *sine qua non* de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.

En esa dirección y de la valoración de las pruebas atrás citadas se colige la labor del demandante realizada el día 11 de noviembre del 2013 no se puede catalogar como las de “trabajo en alturas con peligro de caídas”, precisándose para esta Sala de decisión el accidente acaeció por imprudencia del propio actor en tanto fue quien decidió saltar de la tarima -según lo confesado por el propio demandante- y no bajar por la escaleras, aunado a que su labor como AUXILIAR DE LUCES para ese día nada tenía que ver con trabajo en alturas, pues como ya se mencionó la caída fue de una altura de 50 o 60 centímetros sin que se haya probado que en efecto ocurrió por una tarea que se realizara por encima de 1.5 metros sobre un nivel inferior, pues como el propio accionante confeso en su interrogatorio se encontraba transportando un equipo por una tarima de 50 cm o 60 cm de altura.

A más de lo anterior se tiene que tampoco se acreditó que el actor se encontrara desarrollando una jornada laboral de más de 24 horas seguidas sin descanso y que por ello se ocasionara el accidente pues dicha circunstancia no pudo ser constatada con ninguno de los medios probatorios obrantes en este proceso, dado que los testigos expresaron que no les constaba si el accionante había o no descansado el día anterior al incidente.

Por lo expuesto, no se encuentra un indicio del que pueda inferirse que existió una negligencia imputable a la empleadora; ni se acreditan las circunstancias de negligencia que puedan endilgarse como culpa exclusiva de la llamada a juicio; pues como ya se anunció fue el demandante quien decidió saltar de la tarima la cual por demás no puede catalogarse como expuesta a un “trabajo en alturas” al no sobrepasar los 1.50 cm.

Luego las circunstancias anotadas por sí solas no permiten demostrar que las patologías calificadas al actor y de las cuales pretende su indemnización plena de perjuicios surgieran como resultado de omisiones endilgables al empleador, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, para la procedencia de las pretensiones incoadas por el demandante, se requiere acreditar la existencia de un nexo causal entre el daño sufrido y el accidente de trabajo y que en su acaecimiento se pruebe plenamente la culpa del empleador, aspecto que como se anotó, en autos se echa de menos.

Por lo motivado, ante la orfandad probatoria respecto de la existencia del nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y el accidente de trabajo del 11 de noviembre del 2013 y la culpa del empleador en el origen del padecimiento de las enfermedades del demandante calificadas por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 22 de diciembre del 2016<sup>1</sup>, no queda otro camino que señalar que el pago de los perjuicios reclamados -daño moral- que se derivarían del mismo resultan improcedentes.

En este orden de ideas frente a las pretensiones de obtener el **pago de salarios dejados de percibir y una nivelación salarial del 67.51% sobre el salario**

---

<sup>1</sup> Páginas 109 a 114 Archivo 5 expediente digital.

**básico**, se advierte las mismas encuentran sustento en los hechos 16 a 20 del escrito de subsanación de la demanda así (Archivo 5 expediente digital):

16. El señor JOHN NEVY BOLÍVAR RODRIGUEZ venía generando como salario el equivalente a **\$1'294.243** en promedio, lo cual incluía salario básico, auxilio de transporte y horas extras, este promedio se calcula tomando en consideración los últimos tres (3) desprendibles de pago antes de la ocurrencia de los hechos accidente.
17. Mi poderdante para el momento de la ocurrencia del accidente de trabajo percibía un salario básico de **\$736.000** más un auxilio de transporte por **\$70.500**.
18. Adicionalmente, recibía en promedio el valor de **\$487.743** por concepto de **HORAS EXTRAS**, lo cual corresponde a un **60.51% adicional sobre el salario básico y el auxilio de transporte** adicional sobre su salario básico.
19. Para el día 22 de diciembre del año 2016, el señor JOHN NEVY BOLÍVAR RODRIGUEZ es calificado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con un porcentaje del 37.64%.
20. Así las cosas, una vez finalizó el tiempo de incapacidad, a mi poderdante solo se le asigna un SALARIO BÁSICO, el cual es inferior al promedio que venía devengando, lo cual afecta su situación económica y la de su familia, ya que dicho salario no alcanza para cubrir los gastos básicos de un hogar, tales como alimentación, servicios públicos, educación de sus hijos, salud, entretenimiento y en general, todos aquellos que permitan tener una vida digna.

Así las cosas, efectuando una interpretación integral de los hechos y las pretensiones, se advierte tales anhelos se sustentan en la culpa del empleador por el accidente de trabajo, culpa que como ya se vio quedó desvirtuada, señalándose por esta Corporación en todo caso y solo en gracia de la discusión lo que se concluye es que la desmejora salarial alegada se ocasionó fue por el hecho de no percibir el pago de horas extras, lo cual se encuentra totalmente justificado en tanto al estar incapacitado el actor por el accidente en mención y contar con recomendaciones médicas para el desarrollo de sus funciones (paginas 88 y 90 Archivo 9 expediente digital) claro es que no puede realizar las mismas labores y en esa medida es lógico que no devengue las mismas horas extras del año 2013 y en todo caso se aprecia de los desprendibles de nómina por él mismo aportados (páginas 176 a 272 Archivo 5 expediente digital) que de diciembre del 2013 a junio del 2016 contaba "*incapacidad por accidente de trabajo*", es decir, no presto servicios y por ejemplo para el 2017 de febrero a diciembre sí se le cancelo el concepto "*fes. y Dom. Laboral. Diurn*" – "*Hora extra diurna festiva*" – "*Hora extra nocturna*", igual para varios meses del año 2019 y 2020, lo que significa que aún con sus padecimientos de salud si ha realizado trabajo suplementario que genera pagos adicionales sobre su salario básico.

En este orden de ideas y agotada como se encuentra esta instancia en el grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, conforme las conclusiones expuestas, se confirmará la sentencia de primer grado en su totalidad.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

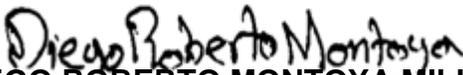
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

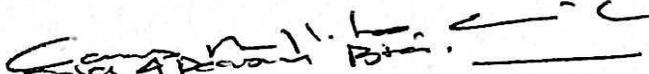
### **R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

  
**CÁRLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

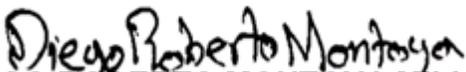
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR IVÁN DOMINGUEZ URDANETA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y como vinculada la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO (RAD. 22 2019 00252 01)**

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

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S

  
**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 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de julio del 2021 (*Audio archivo 15, récord: 13:14*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor IVÁN DOMÍNGUEZ URDANETA, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.639.884, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 5 de abril de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., fondo en el que se encuentra afiliado el demandante, traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado precedentemente.

**TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. la devolución del bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que a su vez proceda anularlo y posteriormente haga el traslado a COLPENSIONES, bono que deberá ser debidamente indexado desde el momento en el que le fue entregado, hasta el momento en el que se haga la entrega.

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

**QUINTO: CONDENAR** en costas a PROTECCIÓN S.A. a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, consúltese a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A. la apeló únicamente en punto a la condena de la devolución de los gastos de administración, solicitando su revocatoria pues indica la Ley 100 de 1993 artículo 20 y su respectiva modificación del artículo séptimo de la Ley 797 de 2003, faculta para realizar una deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, precisando ese descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar las primas de seguros previsionales y opera en los dos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, señalando prueba de ello está en el expediente con la acreditación de los rendimientos abonados directamente a la cuenta del demandante desde el año 1999.

Aduce con dicha condena se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente ya se está trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección, por lo que su representada tiene el derecho a conservar esa comisión como restitución mutua su favor y no hay razón para tenerla que trasladar a Colpensiones.

Señala que la Superintendencia Financiera en los casos donde se declara la ineficacia, informa que se debe aplicar lo relacionado en el artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino, advierte dicha superintendencia considera que tampoco debe trasladarse la prima de seguro provisional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado a la compañía aseguradora que cumplió con su deber contractual de mantener cobertura durante la vigencia de la póliza. (*Audio archivo 15, récord: 14:54<sup>1</sup>*)

COLPENSIONES por su parte expresa su inconformidad en el hecho de no haberse dado aplicación al literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a la prohibición legal en la cual se encuentra inmerso el demandante, manifestando esa prohibición legal no tiene como fin prescribir o extinguir algún derecho pensional, pues como sea en cualquiera de los dos regímenes pensionales si el demandante cumple los requisitos de ley será pensionado por

---

<sup>1</sup> Gracias señora juez, me permitió sustentar el recurso de apelación y le solicité a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá se revoque la sentencia que se acaba de proferir con lo correspondiente al numeral dos, en lo que corresponde a la devolución por gastos de administración, como bien ha determinado la Ley 100 de 1993 artículo 20 y su respectiva modificación del artículo séptimo de la Ley 797 de 2003, las AFPs están facultadas para realizar una deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, ese mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar las primas de seguros previsionales y opera en los dos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, prueba de ello está en el expediente la acreditación de los rendimientos abonados directamente a la cuenta del demandante desde el año 1999, con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente a eso lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinado a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente a eso, pues ya se está trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección, por lo que mi representada tiene el derecho a conservar esa comisión como restitución mutua su favor y no hay razón para tenerla que trasladar a Colpensiones, justificó eso en el artículo 1746 del Código Civil, asimismo como en la Sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre del año 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas.

Es muy importante también lo que determinó la Superintendencia Financiera en esos casos donde se declara judicialmente la ineficacia, donde informa que se debe aplicar lo relacionado al artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008, que este establece cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino.

En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima de seguro provisional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado a la compañía aseguradora que cumplió con su deber contractual de mantener cobertura durante la vigencia de póliza, en esos términos dejo sentado mi recurso, muchas gracias señora juez.

vejez, advirtiendo este literal E del artículo 13 la Ley 100 de 1993 fue creado para salvaguardar el principio de solidaridad en el régimen general de pensiones, ya sea el de ahorro individual de prima media, requisito o principio de solidaridad que fue incumplido por el demandante ya que perteneció al régimen de ahorro individual por más de 15 años y en ese sentido no prestó solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual sus cotizaciones no ayudaron a sufragar el sistema mismo y una eventual pensión en el régimen de prima media con prestación definida generaría un desfase financiero al mismo régimen.

Igualmente, precisa que el sustento de la declaratoria de la ineficacia es la falta al deber de información, lo cual no sucedió pues las pretensiones del demandante radican en el descontento que tiene con el valor de su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual no se puede reputar como una falta al deber de información primero porque la jurisprudencia misma no lo concibe y segundo porque para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser su mesada pensional 15 años después o más (*Audio archivo 15, récord: 17:30<sup>2</sup>*)

---

<sup>2</sup> Su señoría gracias, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir para solicitarle a los Honorables Magistrados del Tribunal superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral, la revoquen en su integridad por las siguientes dos razones:

En primera medida le solicitó al Tribunal tenga en cuenta lo argüido tanto en la contestación como los alegatos respecto a la necesidad de aplicar el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa el demandante, en el entendido de que el despacho a quo, pues no hizo un análisis concienzudo sobre esta normativa y la razón por la cual no la aplicaba, más allá de que al final de las consideraciones de la sentencia, señale que referente a la prescripción al ser éste un derecho pensional, pues no prescribe, de ninguna manera esta prohibición legal expresamente señalada se compone como un término prescriptivo, toda vez que esta prohibición legal tal y como lo he dicho anteriormente, no tiene como fin prescribir o extinguir algún derecho pensional, pues como sea en cualquiera de los dos regímenes pensionales el demandante si cumple los requisitos de ley será pensionado por vejez, este literal E del artículo 13 la Ley 100 de 1993 fue creado para salvaguardar el principio de solidaridad al régimen general de pensiones, ya sea el de ahorro individual de prima media, requisito o principio de solidaridad que fue incumplido por el demandante ya que perteneció al régimen de ahorro individual por más de 15 años y en ese sentido no prestó solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual sus cotizaciones no ayudaron a sufragar el sistema mismo y en ese sentido pues una eventual pensión en el régimen de prima media con prestación definida generaría un desfase financiero al mismo régimen, lo cual pues estaría afectando gravemente no solamente al régimen mismo, sino a los más de 7 millones de afiliados al régimen de prima media con prestación definida, afectando gravemente el principio constitucional de la primacía del bien general sobre el bien particular, de tal suerte que le solicitó a los Honorables Magistrados analicen este tópico respecto a los argumentos que doy para la aplicación estricta que se debe dar a este precepto.

Respecto al segundo argumento por el cual no estoy de acuerdo con la sentencia, es respecto al encuadramiento jurisprudencial que se da la misma, siguiendo la línea de lo propuesto por el demandante en la en la demanda misma y es esa reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la ineficacia del traslado, en el entendido de que la misma señala que el sustento de la declaratoria de la ineficacia es la falta al deber de información, en este preciso caso eso no sucedió, el demandante sustenta su petición, sus pretensiones, en el descontento que tiene con el valor de su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto no se puede reputar como una falta al deber de información, primero porque la jurisprudencia misma no lo concibe y segundo porque a la época del traslado imposible saber cuál

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Página 66 del archivo 1 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 67 y 68 ibidem), aspirando de manera principal se declare nulo el traslado de régimen pensional realizado a la AFP PROTECCIÓN, en consecuencia se condene al traslado de los aportes efectuados al RAIS con destino a COLPENSIONES y que dicha entidad los acepte y lo registre como su afiliado, 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 a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, ordenó a dicha AFP a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración y a la devolución del bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que a su vez proceda anularlo y posteriormente haga el traslado a COLPENSIONES, bono que deberá ser debidamente indexado desde el momento en el que le fue entregado. 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 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

---

iba a ser su mesada pensional 15 años después o más, de tal suerte que este encuadramiento jurisprudencial que hace el despacho no se debe seguir y en tal sentido Colpensiones pues debe ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones que se han incoado en su contra, hasta aquí el recurso, muchas gracias.

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 6 de abril de 1960 (*Página 6 Archivo 1 expediente digital*), 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 y PROTECCIÓN el 16 de julio del 2018 (*Páginas 25, 26, 30 y 31, 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 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 557,29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 10 años, 10 meses y 1 día (*Página 195 Historia Laboral válida para bono pensional, archivo 1 expediente digital*) y 34 años de edad, 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 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 **5 de abril de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de 1999** (*Páginas 116 y 192 Archivo 1 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber

---

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

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

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

**«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 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.

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

---

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

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

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

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

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

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

*“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para*

quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (*Audiencia del 7 de julio del 2021, Récord: 19:15 Archivo 14*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Dicho deber tampoco se advierte probado del interrogatorio absuelto por el representante legal de PROTECCIÓN (*Audiencia del 7 de julio del 2021, Récord: 13:54 Archivo 14*) toda vez que no le consta directamente como se efectuó la

afiliación y solo cuenta con el formulario de afiliación como soporte de la asesoría brindada al convocante.

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 PROTECCIÓN (*Página 184 Archivo 1 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 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 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 – PROTECCIÓN - no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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 PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (5 de abril de 1999 efectivo el 01 de junio 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.

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.

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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación 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 PROTECCIÓN, también deben devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

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

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

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

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

**«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia**

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor». (Negritas 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 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 PROTECCIÓN 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PROTECCIÓN que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no

resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup> (Páginas 113 y 114, archivo 1 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, 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 **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la PROTECCIÓN S.A. 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 afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

---

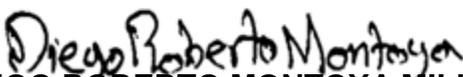
<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de enero de 2020, archivo 1 expediente digital.

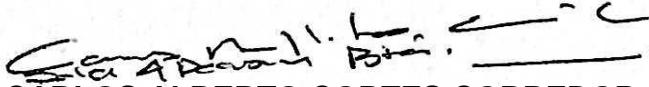
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

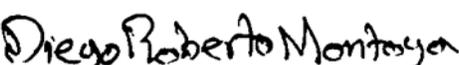
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLGA LUZ RAMIREZ RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 22 2021 00213 02)**

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

**AUTO**

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 la demandante y las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia

proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de septiembre del 2022 («035Audiencia27Septiembre2022.pdf», récord: 1:24:00), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la señora OLGA LUZ RAMIREZ RAMÍREZ, acaecido el día 13 de octubre del año 1998, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A, fondo en el que se encuentran actualmente los dineros de la actora, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, asimismo se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional debidamente indexadas a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

**TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. a que remita a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo, debidamente indexados, conforme quedó explicado en precedencia.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de los fondos de pensiones condenados a que efectúe el reajuste en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado anteriormente.

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

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

**SEPTIMO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES del reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada.

**OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, fíjese cómo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, liquídense en la oportunidad procesal pertinente.

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

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

Así, en primer lugar, el apoderado de la demandante la apeló en el sentido de indicar que la ineficacia del traslado trae como consecuencia la inexistencia del acto, por tanto, la actora siempre ha estado afiliada a Colpensiones, de tal forma, debe

concederse la pensión de vejez desde el momento de la desafiliación y no se debe imponer un trámite adicional en el cual deba volver a solicitar la prestación<sup>1</sup> (récord: 1:28:03, ib.).

Por su parte COLPENSIONES, no se encuentra conforme con la decisión en primera medida, por la no aplicación de la prohibición legal, en la cual se encuentra inmersa la demandante, esto es el artículo 2 de la ley 797 de 2003, por tener 10 años o por estar a 10 años o menos de alcanzar la edad para adquirir su derecho pensional, normativa que no tiene carácter prescriptivo extintivo de derechos, como quiera que la demandante al cumplir los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionada por vejez y en ese sentido la aplicación inmediata de esta norma debería ser obligatoria para todos los Jueces de la República.

En segundo lugar, no se debe aplicar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, pues la falta al deber de la información no es el motivo por el cual la demandante impetra esta demanda, sino que se encuentra en descontento con la liquidación de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sustento no previsto en la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia y por tal razón no debe ser declarada tal cual.

Respecto a la condena en costas, indicó, se opuso a las pretensiones de la demanda, porque de ninguna forma tampoco puede allanarse a ellas, porque los dineros de los recursos de las cotizaciones de la demandante no se encuentran en su poder y además para Colpensiones el traslado se dio de manera libre y voluntaria, porque no le consta la mayoría de los hechos, por tanto se opuso a las pretensiones de la demanda al tener otra alternativa en este proceso y en ese sentido, se entiende como limitado el derecho a la defensa de Colpensiones en este tipo de procesos, pues es llamado a los mismos como representante o como administrador del régimen público de pensiones, es decir, es prácticamente obligatoria su comparecencia en este tipo de procesos, pues no tuvo responsabilidad alguno en los actos jurídicos celebrados por terceros. Por tanto, en

---

<sup>1</sup> «Muchas gracias, ahora el recurso de apelación, teniendo en cuenta que se trata de una ineficacia del traslado, la cual trae como consecuencia la inexistencia del acto, esto quiere decir que mi representada siempre ha estado afiliada a Colpensiones, por lo cual cuando se solicitó la pensión lo que correspondería por lo menos desde el punto de vista de la teoría jurídica es conceder la pensión desde tal momento.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la sentencias lo que se hizo fue el reconocimiento de la ineficacia, perdón teniendo en cuenta que lo que procede en este momento es el reconocimiento de la ineficacia y por lo tanto pues se reconoce que mi representada siempre ha estado afiliada Colpensiones, se debe condenar a la misma a que se conceda la pensión de vejez desde el momento de la desafiliación y no se debe imponer un trámite adicional en el cual se tiene que volver a solicitar la pensión, dejó así ya sentado mi recurso de apelación.»

caso de confirmarse la sentencia, solicita se libere a Colpensiones de la condena en costas<sup>2</sup> (récord: 1:29:29, ibidem).

COLFONDO en su apelación solicita se revoque la condena relacionada con la devolución de la comisión de administración, pues el estado de la afiliación de la demandante con Colfondos S.A. es «trasladada» a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual se trasladaron a dicha AFP. Aunado a ello, esgrimió, el porcentaje de estos gastos de administración no ingresan para la financiación de la mesada pensional del afiliado, por lo tanto, no habría derecho a ser restituida por parte de esta administradora, en tanto corresponde a los gastos en que incurren las administradoras con el fin de gestionar en debida forma los aportes de sus afiliados, en ningún momento quedó demostrado que los aportes no fueron administrados en debida manera por esta AFP; precisando, esta comisión de administración está direccionada de igual manera a retribuir diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales y si llegase a devolverse estos dineros, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones<sup>3</sup> (récord: 1:32:52, ibidem).

---

<sup>2</sup> «Gracias su señoría, presento recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho, por no estar de acuerdo con tres de los argumentos del despacho para declarar la ineficacia, además de la consecuente condena en costas. En primera medida le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá tengan en cuenta estos alegatos y absuelvan a Colpensiones de todas las pretensiones que se han incoado en su contra.

Primero por encontrarse en desacuerdo este apoderado judicial por la no aplicación de la prohibición legal, la cual se encuentra inmersa la demandante, esto es el artículo dos de la ley 797 de 2003 por tener 10 años o por estar a 10 años o menos de alcanzar la edad para adquirir su derecho pensional, esta normativa no tiene o no tuvo nunca ningún carácter prescriptivo extintivo de derechos, como quiera que la demandante al cumplir los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionada por vejez y en ese sentido la aplicación inmediata de esta norma debería ser obligatoria para todos los Jueces de la República.

Segundo, el despacho siguiendo el derrotero que plantea la demandante en su escrito introductor, decidió aplicar la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, lo cual a las luces de este apoderado judicial pues no da lugar ya que la falta al deber de la información no es el motivo por el cual la demandante impetra esta demanda, sino que se encuentra en descontento con la liquidación de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia no previo esto como sustento de la ineficacia y por tal razón pues no debe ser declarada tal cual.

Tercero, respecto a la condena en costas señores Magistrados Colpensiones si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, pues porque de ninguna forma tampoco puede allanarse a ellas, porque los dineros de los recursos de las cotizaciones de la demandante no se encuentran en su poder y además para Colpensiones el traslado se dio de manera libre y voluntaria, porque han de no constarle la mayoría de los hechos, pues la condena de costas no va al lugar, porque si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, pues no le queda otra salida en este mundo jurídico que se plantea en este proceso y en ese sentido se entiende como limitado el derecho a la defensa de Colpensiones en este tipo de procesos, pues es llamado a los mismos como representante o como administrador del régimen público de pensiones, es decir es prácticamente obligatoria su comparecencia en este tipo de procesos, pues no tuvo responsabilidad alguno en los actos jurídicos celebrados por terceros.

En gracia de discusión que los Honorables Magistrados decidan declarar confirmada esta sentencia, le solicito respetuosamente liberen a Colpensiones de la condena en costas, pues con los argumentos anteriormente expuestos se puede entender que en este caso no procede esta condena a mi representada, hasta aquí mi recurso su señoría, muchas gracias».

<sup>3</sup> «Su señoría, solicito muy respetuosamente interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados, específicamente en lo que tiene que ver con la condena en la comisión de administración, en primer lugar, debido a que como se manifestó, el estado de la afiliación de la demandante con Colfondos S.A está en estado "trasladada" a la AFP Porvenir S.A., por lo tanto, todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual se trasladaron a dicha AFP.

De otro lado el porcentaje de estos gastos de administración no ingresa para la financiación de la mesada pensional del afiliado, por lo tanto no habría derecho a ser restituida por parte de esta administradora, en tanto corresponde a los gastos en que incurren las administradoras con el fin de gestionar en debida forma los aportes de sus afiliados, en ningún momento quedó demostrado que los aportes no fueron administrados en debida manera por mi representada, esto consignado en los artículos 20 de la ley 100 del 93 y el artículo séptimo de la ley 797 del 2003, esta comisión de administración está direccionada de igual manera a retribuir diferentes actividades que

Finalmente, PORVENIR no comparte la decisión en lo referente al deber de información, pues siempre actuó de buena fe en relación con el traslado del régimen pensional que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación cuya forma pre impresa se encuentra ajustada en los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, adicional a ello, Porvenir cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, esto es, las establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de los cuales no se establecía el deber información alegado en los términos del escrito de la presente demanda, puesto que dicha obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado del régimen pensional surge a partir del inciso 4° del artículo 3° del Decreto 2071 del 2015 que modificó el Decreto 2555 del 2010, e incluso, con reconocimiento derivada de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Señaló, que conforme a la sentencia 1795, se evidencia que la actora ha efectuado algunos actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es el traslado horizontal constante entre las administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual, la información, aunque parcial que dio cada uno de los fondos se puede razonablemente entender la vocación que tenía el accionante de permanecer vinculada en el RAIS y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba, esto es referente al deber de información.

Con relación a la prescripción, adujo, las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia se encuentran prescritas debido a que no estamos en presencia de un derecho pensional, puesto que, una cosa es la consolidación del derecho pensional, la cual puede hacerse dentro de cualquier momento y otra cosa distinta a la ineficacia o nulidad del acto que define bajo el régimen que este derecho se ejerza, el objeto de discusión y de reclamo de la parte demandante fue el acto de afiliación realizado en el año 99, es decir, no está en discusión la consolidación o causación del derecho prestacional, sino un punto específico como la afiliación, elemento que

---

*deben desarrollar las instituciones pensionales y si llegase a devolverse estos dineros, es generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por lo tanto su señoría en esos términos dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias».*

claramente si es susceptible del elemento de la prescripción y de los términos establecidos tanto en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

Con relación a la devolución del bono pensional, aclaró, que si lo pretendido es que dicho valor se gire a favor de Colpensiones, este mismo no debe ser devuelto a esta entidad, toda vez que éste carece de legitimidad para cobrar dicho valor y si lo pretendido es que Colpensiones adquiera dicho rubro, el mismo deberá reasumir las gestiones administrativas necesarias ante la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de que proceda con los traslados de dicho rubro, toda vez que esta apreciación hace parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación solicitada. Precizando, con relación a los gastos de administración, Porvenir no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por lo tanto, no tendría que haber afectado su patrimonio propio al verse obligada a devolver los gastos de administración, pues estos rubros tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que exige la ley y no se encuentran ya en su poder.

Con relación a los rendimientos, indicó, la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, que la parte demandante nunca estuvo vinculada, por lo tanto, significaría decir que sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual, que fue administrada por esta AFP y frente a la cual se generaron unos rendimientos, por lo tanto, si nunca existió esta afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante los años en que la demandante estuvo afiliada. De igual forma, no es procedente devolver la suma por concepto de rendimientos, suma de aseguradora con todos sus frutos e intereses, debido a que aquellos únicamente se generaron gracias a la debida gestión de los dineros a su cargo y de no haber estado en este régimen, dicho valor no se hubiese generado.

En cuanto a la indexación, estimó, que la jurisprudencia solo atañe a los gastos de administración mas no a los demás valores, indicando, con relación a la teoría de las restituciones mutuas, producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del Código Civil, al no existir una norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, según asume tanto la jurisprudencia civil como la

laboral, con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se le pudiera ocasionar con el traslado del demandante al fondo común<sup>4</sup> (récord: 1:34:38, ib.).

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

## CONSIDERACIONES

<sup>4</sup> «Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, procedo a presentar mi recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, dentro de mi recurso de apelación solicito a los Honorables Magistrados declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas en contra de mi representada expuestas según la decisión tomada por el juzgador de instancia, los motivos por las cuales solicito la revocatoria son:

*Primero, este apoderado judicial se aparta de las consideraciones impartidas por parte del despacho y sustenta el recurso en lo siguiente, referente al deber de información sea lo primero aclarar que Porvenir siempre actuó de buena fe en relación con el traslado del régimen pensional que realizó la demandante de forma libre voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación cuya forma pre impresa se encuentra ajustada en los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, adicional a ello Porvenir cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normatividad vigente para el momento en el traslado, esto es las establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de los cuales no se establecía el deber información alegado en los términos del escrito de la presente demanda, puesto que dicha obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado del régimen pensional surgen a partir del inciso cuarto del artículo tercero del Decreto 2071 del 2015 que modificó el Decreto 2555 del 2010 e incluso con reconocimiento derivada de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia. También, tenemos que tener en cuenta que conforme a la sentencia 1795, se evidencia que la actora ha efectuado algunos actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es el traslado horizontal constante entre las administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual, la información aunque parcial que dio cada uno de los fondos se puede razonablemente entender la vocación que tenía el accionante de permanecer vinculada en el RAIS y sobre todo de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba, esto es referente al deber de información.*

*Referente a la prescripción aludida en el literal sexto del presente fallo, puedo aducir lo siguiente, de igual forma las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia se encuentran prescritas debido a que no estamos en presencia de un derecho pensional, puesto que una cosa es la consolidación del derecho pensional, la cual puede hacerse dentro de cualquier momento y otra cosa distinta a la ineficacia o nulidad del acto que define bajo el régimen que este derecho se ejerza, el objeto de discusión y de reclamo de la parte demandante fue el acto de afiliación realizado en el año 99, es decir no está en discusión la consolidación o causación del derecho prestacional, sino un punto específico la afiliación, elemento que claramente si es susceptible del elemento de la prescripción y de los términos establecidos tanto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal de la Seguridad Social.*

*Referente al ítem 3 de la respectiva, referente al ítem dos que pena del respectivo fallo, en el cual se ordena a Porvenir, fondo en el cual se encuentran los aportes, a trasladar a Colpensiones, me pronunciaré específicamente sobre lo siguiente, referente al bono pensional es de aclarar su señoría que si lo pretendido es que dicho valor se gire a favor de Colpensiones, este mismo no debe ser devuelto a esta entidad, toda vez que éste carece de legitimidad para cobrar dicho valor y si lo pretendido es que Colpensiones adquiera dicho rubro, el mismo deberá reasumir las gestiones administrativas necesarias ante la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de que proceda con los traslados de dicho rubro, toda vez que está apreciación hace parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación solicitada.*

*Referente a los gastos de administración en este orden de ideas, Porvenir no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por lo tanto no tendría que mi representada haber afectado su patrimonio propio al verse obligado a devolver los gastos de administración si en ningún momento obro de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente, pues estos rubros tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que exige la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada y referente a los rendimientos, es debido precisar que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir que la parte demandante nunca estuvo vinculada, por lo tanto significaría decir que sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual, que fue administrada por mi representada y frente a la cual se generaron unos rendimientos, por lo tanto si nunca existió esta afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante los años en que la demandante estuvo afiliada.*

*De igual forma tampoco es procedente devolver la suma por concepto de rendimientos, suma de aseguradora con todos sus frutos e intereses, debido a que aquellos únicamente se generaron gracias a la debida gestión de los dineros a cargo de mi representada y de no haber estado en este régimen, dicho valor no se hubiese generado, siendo así no habría lugar conforme a la declaratoria de ineficacia de volver al valor.*

*Referente a la indexación del mismo, de los últimos rubros, es cierto que la parte resolutoria de la sentencia SL 2817 del 2019, la corte alude en que ítems se pueden hacer el reconocimiento de la indexación y en dicha providencia se reconocen es respecto a los gastos de administración, de ahí tampoco se puede señalar con certeza absoluta que la jurisprudencia que actualmente impera está permitiendo el reconocimiento de la pretensión indexada sobre los rubros de los cuales deben reintegrarse al régimen de prima media y conforme a lo anteriormente enunciado, simplemente podemos concluir que la jurisprudencia solo atañe a los gastos de administración mas no a los demás valores, dicho esto se fundamenta lo previamente resuelto en la teoría de las restituciones mutuas, producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del Código Civil al no existir una norma que regule la temática de ineficacia tanto en la ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la jurisprudencia civil como lo laboral, en especialmente en la sentencia SL 2946 del 2021, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se le pudiera ocasionar con el traslado del demandante al fondo común, es así su señoría que dejó sustentado mi recurso de apelación en contra de la sentencia, no sin antes solicitarle a la sala respetuosamente se revoque la decisión objeto de recurso de apelación, en consecuencia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra».*

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y subsanación (Exp. Digital: «001Expediente.pdf», páginas 6 a 8 y «004SubsanacionDemanda.pdf», págs. 26 a 28), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5,6 y 25,26 ibidem), aspirando se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensiones girados a favor y demás conceptos económicos relacionados con las cotizaciones efectuadas al sistema pensional al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, sin efectuar ningún tipo de deducción; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación al RPMPD y a actualizar su historia laboral. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez junto con su retroactivo pensional desde la desvinculación del sistema, junto con el pago de intereses moratorios, la indexación de las mesadas, lo *ultra y extra petita* y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 13 de octubre de 1998 al RAIS. En consecuencia, se condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega. Igualmente ordenó a COLFONDOS S.A. remitir a Colpensiones los dineros que recaudo por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a este fondo, debidamente indexados, ordenando a Colpensiones recibir tales conceptos a efectos de ajustar la historia laboral de la actora, entidad que bien podía obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Colfondos no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando que tampoco podía entenderse validado el traslado por las cotizaciones efectuadas en al RAIS o por el traslado realizado entre administradores, sin que tenga incidencia**

entonces la información que se le pudo haber brindado por estos otros fondos entre los que hizo el cambio, ya que, es necesario establecer la información que se le brindó en el preciso momento en que efectuó el traslado del 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 2002<sup>5</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 05 de diciembre de 1961 (página 23, 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 la accionada COLPENSIONES el 24 de julio de 2019 (página 24, ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado la edad para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, 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 314,43 semanas cotizadas al sistema que corresponden 5 años, 3 meses y 24 días de aportes («008ContestacionDemandaPorvenir.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, como lo sostiene COLPENSIONES en su apelación.

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

---

<sup>5</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **13 de octubre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **01 de diciembre de 1998**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (página 66, ib.), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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» (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 tunc*<sup>6</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

*prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>7</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

<sup>7</sup> «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características 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, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

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

---

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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.

---

*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.*

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>8</sup>, no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que en el año 1998 estuvo trabajando un tiempo en la ciudad de Bogotá en un Call Center, donde la afiliaron a Colfondos, le llevaron el formulario para que lo firmara, estuvo muy poco tiempo, luego la retiraron de Colfondos cuando dejó de trabajar. Que no le explicaron nada acerca de Colfondos, solo le dijeron que estaban por COLFONDOS, que debía firmar el formulario no más, pues en ese momento el Call Center esta con esa AFP, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

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 COLFONDOS 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 al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

---

<sup>8</sup> Audiencia del 27 de septiembre de 2022, récord: 30:20.

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 SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, 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 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (**13 de octubre de 1998**, efectivo el **1º de diciembre 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 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.

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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (Pág. 66, ib.), según se observa en el historial de vinculación, ibidem.

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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

Bajo tal orientación, entratándose 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 traslado 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. 60, ib.) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional<sup>9</sup>, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, atendiendo la apelación propuesta en tal sentido y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionarán los ordinales segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que, tanto PORVENIR como COLFONDOS,

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

deben devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), sumas adicionales con los respectivos intereses, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>10</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>11</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

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

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

**«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, incluso la devolución de bono pensional si hay lugar a ello, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

**«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia**

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

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos

los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

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

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

[...]

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los*

*dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>12</sup>, a favor de quien se surte la consulta (Pág. 60 «008ContestacionDemandaColpensiones»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

<sup>12</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto de 13 de enero de 2022 (archivo «1 011AutoFijaAudiencia20220113.pdf»).

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

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

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

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

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

En otro giro, atendiendo la apelación propuesta por la actora en torno al reconocimiento pensional, solicitó el reconocimiento del derecho pensional, sin embargo no fue concedida en primer grado bajo el argumento que sólo era posible, una vez le sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos como consecuencia de la ineficacia declarada, no obstante, estima la Sala que no es necesario que ocurra tal circunstancia como quiera al haberse declarado la ineficacia de la afiliación, la actora siempre ha estado afiliada a Colpensiones, más aun cuando con ello se salvaguardan principios como el de economía procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. Siendo viable entonces verificar si cumple o no con los requisitos para alcanzar la pensión de vejez, de modo que se procede a su estudio, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993<sup>13</sup>, disposición que exige para el caso de las mujeres haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 23 del archivo «001DemandaYAnexos.pdf», copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 05 de diciembre de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se encuentra a páginas 34 a 39 del archivo ídem, la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR el 15 de 24 de agosto de 2021 en las que se incluyen 406.6 semanas cotizadas a Colpensiones, 54.1 a otros fondos de pensiones y 844.7 a dicha AFP para un total de **1.305** semanas a septiembre de 2020 (página 33,

---

<sup>13</sup> «Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

ibidem), razón por la cual, aunque para la data en que la actora cumplió los 57 años de edad, esto es, el 05 de diciembre de 2018 no tenía acreditadas las 1300 semanas exigidas por la Ley, es claro que las alcanzó con posterioridad, en el año 2020, 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*», precisando, en el caso de marras la última cotización efectuada por la demandante correspondió al ciclo de **septiembre de 2020**, sin que obre novedad de retiro, empero, si reposa en el expediente la actora elevó solicitud de reconocimiento pensional el 26 de abril de 2021, entiende la Sala que fue la intención de la actora, fue dejar de cotizar para esa data y en consecuencia, el disfrute de la prestación, lo es a partir del día siguiente de la última cotización, esto es, **01 de octubre del 2020**, data para la cual tenía 57 años de edad y reunía más de 1300 semanas.

En este punto, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236<sup>14</sup>. De este modo, se revocará el

---

<sup>14</sup> «El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

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

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

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación). En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario

ordinal séptimo de la sentencia de primer grado, para proceder al reconocimiento pensional.

Dilucidado lo anterior, a continuación se procede a establecer el valor de la primera mesada pensional de la demandante, señalando el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado la actora más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidar creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte integra de la sentencia, se obtiene un valor del I.B.L. de los últimos 10 años **por ser el más favorable** a la demandante la suma de \$ 1.756.447,05 (pues el de toda la vida arrojó un valor de \$1.275.871,97), al cual se le aplica la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del 64,50%, obteniéndose un valor por concepto de primera mesada pensional actualizada al año 2020 de **\$1.132.899,93:**

---

*para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.*

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

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

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

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	180	69,800	103,80	1,487	\$ 497.000,00	\$ 739.091,69	\$ 4.434.550,14
2010	360	71,200	103,80	1,458	\$ 515.000,00	\$ 750.800,56	\$ 9.009.606,74
2012	300	76,190	103,80	1,362	\$ 567.000,00	\$ 772.471,45	\$ 7.724.714,53
2013	330	78,050	103,80	1,330	\$ 810.545,45	\$ 1.077.957,95	\$ 11.857.537,48
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 1.844.000,00	\$ 2.405.822,02	\$ 28.869.864,25
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 1.925.916,67	\$ 2.424.034,80	\$ 29.088.417,61
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 2.068.000,00	\$ 2.437.914,82	\$ 29.254.977,85
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 2.213.125,83	\$ 2.467.215,78	\$ 29.606.589,39
2018	360	96,920	103,80	1,071	\$ 1.692.691,00	\$ 1.812.849,01	\$ 21.754.188,09
2019	360	100,000	103,80	1,038	\$ 1.242.174,00	\$ 1.289.376,61	\$ 15.472.519,34
2020	270	103,800	103,80	1,000	\$ 2.633.409,00	\$ 2.633.409,00	\$ 23.700.681,00
<b>Total días</b>	<b>3600</b>					<b>Total devengado actualizado a: 2020</b>	<b>\$ 210.773.646,43</b>
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>					<b>Ingreso Base Liquidación</b>	<b>\$ 1.756.447,05</b>
<b>Total Años</b>	<b>10,00</b>					<b>Porcentaje aplicado</b>	<b>64,50%</b>
						<b>Primera mesada</b>	<b>\$ 1.132.899,93</b>

De otra parte, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada COLPENSIONES, se debe precisar la demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8º y parágrafo 6º del Acto Legislativo 01 de 2005).

En ese orden, se procederá a concretar el valor del retroactivo pensional adeudado por Colpensiones causado del 01 de octubre del 2020 con corte al 30 de noviembre del 2022 (fecha de la presente decisión), teniendo en cuenta la mesada aquí obtenida de **\$1.132.899,93**, arroja una suma de **\$34.086.427,74<sup>15</sup>**, cifra que se puede verificar con la liquidación anexa que hace parte integrante de la presente decisión, precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida.

Se advierte en este punto, ninguna de las mesadas está afectada por el fenómeno de la prescripción, pues el derecho pensional se hizo exigible el 01 de octubre del 2020, reclamando ante Colpensiones su derecho el 26 de abril del 2021 («SAC-COM-AF-2021\_4759174-20210426012316.pdf») y acudiendo a la jurisdicción el 07 de mayo del 2021 («002ActaDeReparto.pdf»), esto es, no trascurrieron los 3 años

15

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/10/22	31/12/20	3,80%	\$ 1.132.899,93	4,00	\$ 4.531.599,7
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.151.140,00	13,00	\$ 14.964.820,0
01/01/22	30/11/22	5,62%	\$ 1.215.834,00	12,00	\$ 14.590.008,0
<b>Total retroactivo</b>					<b>\$ 34.086.427,74</b>

de tratan los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, advirtiéndose COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda (de fecha 06 de agosto del 2021) el 09 de agosto del 2021 («006NotificacionDemanda.pdf»), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte accionante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013<sup>16</sup>, como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable, en cuanto en primer lugar se está resolviendo sobre la ineficacia del traslado de régimen y solo hasta éste fallo se determinó que en efecto la demandante tiene la calidad de afiliada al RPM y por ende le asiste el derecho para acceder a la prestación pensional de vejez, para lo cual fue necesario acudir a lo dispuesto por la Jurisprudencia de la máxima Corporación y al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existen razones atendibles que justifican la omisión en el reconocimiento pensional, por lo que se absolverá de ésta pretensión.

No obstante, resulta procedente en subsidio, la indexación del retroactivo pensional, como quiera que entre la fecha en que se está reconociendo la prestación y la calenda en que se paguen las mesadas adeudadas, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo. Asimismo, se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras «*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*».

---

<sup>16</sup> «La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras».

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

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 COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y conceptos allí señalados, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

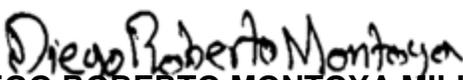
**TERCERO: REVOCAR** el ordinal **SÉPTIMO** del fallo apelado y consultado para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer a favor de la demandante una pensión de vejez a partir del **01 de octubre de 2020** en suma de **\$1.132.899,93**, precisando el retroactivo adeudado desde tal data y hasta el 30 de noviembre del 2022 corresponde a **\$34.086.427,74**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina y deberá ser cancelado de manera indexada, conforme a lo expuesto.

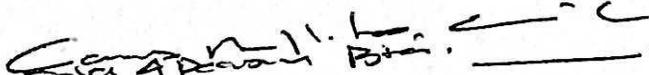
**CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

**QUINTO: CONFIRMAR en lo demás**, la sentencia de primera instancia, 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO FIALLO  
LASPRILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
-COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 22 2021 00232 01)**

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

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S

  
**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 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 22 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de septiembre del 2021 (*Audio archivo 10, récord: 32:24*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor HERNANDO FIALLO LASPRILLA identificado con la cédula de ciudadanía número 19.233.831 al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 9 de febrero del año 2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR fondo en el que se encuentra afiliado el demandante traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado precedentemente.

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a PORVENIR, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

**QUINTO:** En caso de no ser apelada a la presente decisión por parte de COLPENSIONES, consúltese a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. la apeló expresando que no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la nulidad o ineficacia el traslado con base en la falta de información, cuando al momento en que se realizó dicho traslado no era obligatorio presentar algún documento adicional que demostrara que efectivamente se le había brindado una información amplia y suficiente al demandante, sino que era suficiente con demostrar el documento de afiliación firmado directamente por el actor y es por esa razón que aduce no es justo que se entregaran los rendimientos financieros que se han logrado obtener por más de 10 años desde la cuenta individual del afiliado.

Expresa no se puede pretender la ineficacia del traslado obteniendo solamente lo más beneficioso para el demandante, cuando se logró demostrar que las calidades personales y profesionales le permitían obtener un nivel más alto de exigencia y no se puede desconocer incluso que un profesional del derecho se excuse en el desconocimiento de la ley para su incumplimiento.

Por otro lado, manifiesta no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello si están sujetos a la prescripción.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas señala su improcedencia pues no hubo un obrar temerario o de mala fe, precisando éstas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de las partes, ni pueden asumirse como una sanción en su contra, por lo que no entiende si Colpensiones también resultó perdedora Porvenir tenga que asumir dichos costos dentro de este proceso, considerando que los supuestos sobre los cuales se condenó a su representada no se encuentran acreditados (*Audio archivo 10, récord: 33:36'*)

---

<sup>1</sup> Muchas gracias su señoría, me permito presentar muy respetuosamente interpongo recurso apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral para que se revoque en su totalidad el fallo proferido, el cual me permito sustentar así:

Señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre como el de la jurisdicción citado en el a quo, bajo los argumentos que ha manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la nulidad o ineficacia el traslado con base en la falta de información, cuando al momento en que se realizó dicho traslado no era obligatorio presentar algún documento adicional que demostrara que efectivamente se le había brindado una información amplia y suficiente, sino que era suficiente con demostrar el documento de afiliación firmado directamente por el demandante, demostrando o haciendo notar directamente su intención de permanecer y de realizar como tal el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, también traemos a colación señores magistrados que en este caso nos están indicando que hay una ineficacia del traslado y con esto me permito indicar que no es factible que nos indiquen o que sea bajo la condena como nos han indicado la ineficacia de trasladó, toda vez que si nos están indicando que la ineficacia del traslado es retrotraer todo a su estado inicial, pues entonces no sería justo que también entregáramos los rendimientos financieros que se han ocurrido o que se han logrado obtener por más de 10 años desde la cuenta individual del afiliado, toda vez que como lo indica la sentencia T 569, se aplica en aquellos casos en que surge la duda del operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento al encontrarse dos o más textos legislativos vigente al momento de causar el derecho, gobierna la solución del caso en concreto, en estos momentos los cánones protectores del derecho del trabajo y la Seguridad Social ordenan la elección de la disposición que mayor provecho otorga al trabajador, o afiliado beneficiario incluso del sistema de Seguridad Social, el texto legal así colegido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad, es decir aplicarse de manera íntegra su relación de la totalidad con el cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando solamente lo más favorable en la disposición del conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en el régimen normativo distinto al elegido, como lo indicaba señores magistrados y según esta normatividad no se puede colocar o se puede defender la ineficacia del traslado obteniendo solamente lo más beneficioso para el demandante, cuando aquí se vio y se logró demostrar que las calidades personales y profesionales del demandante le permitían obtener un nivel más alto o de exigencia al deber de diligencia que obtiene, no se puede endilgar o no se puede desconocer incluso que un profesional del derecho se excuse en el desconocimiento de la ley para su incumplimiento cómo nos lo indica el artículo sexto del Código Civil, señores magistrados estamos hablando con un profesional el cual tiene al menos al menos conocimientos mínimos de las consecuencias jurídicas que se obtienen al momentos de suscribir un contrato, en este caso no me estoy refiriendo solamente a un contrato de afiliación sino a cualquier tipo de contrato, entonces no se puede indicar que como no se le brindó información y aún más señores magistrados, si él mismo indica que no se le brindó ningún tipo de información, sino simplemente se le presentó un formulario de afiliación para que lo firmara, por qué no hizo siquiera el deber mínimo de diligencia de verificar qué era lo que estaba firmando, sino simplemente dentro del interrogatorio de parte pues manifiesta que simplemente le pasaron el formulario y lo firmo, es totalmente negligente por parte de él que indique que simplemente lo firmó por firmar, señores magistrados no se puede seguir beneficiando este tipo de demandantes y peor con estas calidades, dejando a un lado su profesión como tal.

También señores magistrados, tengan en cuenta que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de

COLPENSIONES por su parte expresa su inconformidad en el hecho de no haberse dado aplicación al literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a la prohibición legal en la cual se encuentra inmerso el demandante, advirtiendo este literal fue creado para salvaguardar el principio de solidaridad en el régimen general de pensiones, no solamente en el régimen de prima media sino en el de ahorro individual con solidaridad, requisito o principio de solidaridad que fue incumplido por el demandante ya que lleva más de 10 años sin cotizar en el RPM.

Igualmente, precisa que la motivación del demandante de volver al RPM tiene que ver con el valor de su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual no se puede reputar como una falta al deber de información porque no es sinónimo de la falta del deber de información, además que Colpensiones esta respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros, donde no tuvo nada que ver y los traslados se están haciendo vía judicial de afiliados al RAIS al RPM (*Audio archivo 10, récord: 39:31<sup>2</sup>*)

---

administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello si están sujetos a la prescripción y en esto traigo a colación, porque no se puede predicar su imprescriptibilidad, característica que goza el derecho pensional y como lo indicado señores magistrados, esto no pertenece a los gastos o los valores pertenecerán a los afiliados como financiación de prestación de vejez, entonces señores magistrados traigo a colación si por ejemplo cuando reúnen los requisitos y se pensionan y obtienen la mesada pensional y si no la reclaman esto si prescribe y eso hace parte de la prestación de vejez, entonces porque gastos que no tienen nada que ver con la prestación de vejez no pueden ser susceptibles de prescripción.

Ya para finalizar y frente a la condena de costas, traigo la sentencia C 157 del 2013, en la cual nos indica que la condena de costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es el resultado de su derrota dentro del proceso, recurso que haya propuesto, según los artículos, de esta manera las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización a perjuicios causados por el mal proceder de las partes, ni pueden asumirse como una sanción en su contra, entonces no se entiende porque yo sí resultamos perdedores Colpensiones y Porvenir, solo Porvenir tenga que asumir dichos costos dentro de este proceso, de manera entonces considero que los supuestos sobre los cuales se condenaron a mi representada no se encuentran acreditados, en consecuencia solicito de manera respetuosa al honorable tribunal revocar en su totalidad la condena impuesta a mí representada en este proceso y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias su señoría.

<sup>2</sup> Gracias su señoría, interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir usted y su despacho para solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad de la Sala Laboral la revoquen en su integridad por las siguientes razones:

En primera medida, no comparte este apoderado judicial la interpretación que hace el Honorable Despacho de la Jueza 22 respecto al literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y tampoco entiende la nueva aplicabilidad de este precepto en el entendido que la a quo señala esta previsión legal como un término prescriptivo extintivo de derechos, de ninguna manera el legislador creó este término para extinguir o prescribir derechos, pues como sea que el demandante cumpla los requisitos de ley será pensionado por vejez tanto en el RAIS como en el régimen de prima media con prestación definida, esta prohibición legal fue creada por el legislador para salvaguardar el principio de solidaridad de los regímenes pensionales, el cual va encaminado a proteger la sostenibilidad financiera al régimen general de pensiones, no solamente al régimen de prima media con prestación definida, sino al régimen de ahorro individual con solidaridad, principio de solidaridad que no fue cumplido o respetado por el demandante ya que lleva más de 10 años sin cotizar el régimen de prima media con prestación definida, es decir sus cotizaciones no sirvieron para financiar pensiones de afiliados al sistema, ni tampoco para subsanar o abordar una posible pensión en el futuro para el mismo, de tal forma que el aquí demandante más allá de haber sido trasladado al RAIS en las condiciones que

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 3 del archivo 1 del expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 y 4 ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1° de abril del 2000 del ISS a PORVENIR, en consecuencia se ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, se ordene a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad, costas del proceso, 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 S.A., en consecuencia, ordenó a dicha AFP a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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

---

él aduce pero que no prueba, el está soslayando un principio general de la Seguridad Social en Colombia y en tal sentido pues debe ser esto analizado tanto por el Juez de instancia como por el Tribunal e incluso por los Tribunales de cierre de la jurisdicción laboral, situación que aún no ha sido estudiada por ninguna jurisprudencia de la declaratoria ineficacia del traslado.

Por otro lado, la motivación del demandante de volver al régimen de prima media en consonancia con su desmotivación con el valor de su mesada pensional, pues no se puede reputar como una falta al deber de la información, en ese sentido no se puede encuadrar este caso a la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual nunca habla de que la no motivación por el valor de la mesada pensional o mejor su descontento puede ser sinónimo de la falta al deber de la información, de tal forma que el aquí demandante tampoco cumple sus preceptos jurisprudenciales que señala la Corte Suprema de Justicia para la declaratoria ineficacia del traslado, de tal forma señores magistrados les solicité perdón respetuosamente analicen el papel de Colpensiones en este tipo de procesos, ya que está respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros, donde no tuvo nada que ver y los traslados se están haciendo vía judicial de afiliados al RAIS al RPM, pues están afectando gravemente la sostenibilidad financiera del régimen público de pensiones, hasta aquí el alegato su señoría, le agradezco muchas gracias.

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de abril de 1954 (*Página 11 Archivo 1 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 14 de agosto del 2020 (*Páginas 13 a 19, 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 con 547,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 10 años, 7 meses y 20 días (*Página 123 Historia Laboral válida para bono pensional, archivo 4 expediente digital*) y 39 años de edad, 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 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 **9 de febrero del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril del 2000** (*Páginas 74 y 76 Archivo 4 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente

---

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

conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

*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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

*Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido*

*consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

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

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

---

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

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

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

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

*En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto*

---

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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***

---

*“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.*

***pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba 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 el demandante (*Audiencia del 17 de Septiembre del 2021, Récord: 6:27 Archivo 10*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar le llevaron el formulario para que lo firmara en el año 2000, aduciendo no le explicaron nada acerca de ese

régimen pensional, tal solo que debía firmar ese formulario, por lo que no tuvo ilustración respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

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 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 el actor.

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

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 PORVENIR (*Página 76 Archivo 4 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

*Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un*

principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

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

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

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

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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 PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de febrero del 2000 efectivo el 01 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.

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 PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación 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 a 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, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo ordenado por la Juez de primer grado PORVENIR también debe devolver a COLPENSIONES, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...) *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

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

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

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

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

busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

**«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia**

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

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

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

Advirtiéndose 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup> (Páginas 28 y 29, 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.

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 30 de agosto del 2021, archivo 7 expediente digital.

Es de anotar en este punto para resolver las inconformidades de PORVENIR (*Excepción propuesta a páginas 22 y 23 Archivo 4 expediente digital*), dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el que contiene el principio general según el cual *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la decisión.

Finalmente, en relación con la condena en costas a COLPENSIONES S.A., advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que PORVENIR S.A., no es la llamada a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada COLPENSIONES, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se 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**

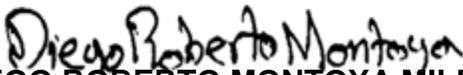
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía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

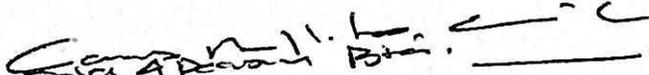
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELIZABETH CASTRO SÁNCHEZ  
CONTRA EXCOSEIN S.A.S. (RAD. 22 2021 00311 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 11 de Julio de 2022 (Exp. Digital: «018Audiencia220711.mp4», récord 1:02:19), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante Elizabeth Castro Sánchez en calidad de trabajadora y la demandada EXCOSEIN S.A.S. existió un contrato de trabajo que inició el 05 de septiembre del 2019 y finalizó el 30 de julio del 2020, Mediante el cual la actora devengaba como salario la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.*

*SEGUNDO: DECLARAR que el accidente de trabajo que sufrió la demandante el 13 de septiembre del 2019 se presentó por culpa del empleador.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada EXCOSEIN S.A.S. a reconocer a la demandante, señora Elizabeth Castro Sánchez, por concepto de perjuicios materiales a la suma de \$57.775.326.*

*CUARTO: CONDENAR a la demandada EXCOSEIN S.A.S. a reconocer a la demandante, señora Elizabeth Castro Sánchez, por concepto de perjuicios morales la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que en la actualidad corresponden a \$15.000.000.*

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada EXCOSEIN S.A.S. a reconocer y pagar a la demandante, señora Elizabeth Castro Sánchez, por concepto de daño en la vida en relación a la suma de 15 salarios mínimos legales vigentes, los cuales también corresponden en la actualidad a \$15.000.000.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte considerativa de este proveído.

**SÉPTIMO:** Abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en relación con las pretensiones relacionadas con la señora Rebeca Sánchez de Castro, Sebastián Camargo Castro, Yesenia Castro Sánchez y Jordan Samuel Agudelo Castro, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

**OCTAVO: COSTAS.** Lo estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho por secretaría la suma de un salario mínimo legal vigente».

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte accionada interpuso recurso de apelación argumentando que los montos objeto de condena resultan demasiado, quien según se indicó en la decisión, los testigos y la demandante, estuvo siempre atento a colaborar, a brindar, a servir a la señora demandante, teniendo un obrar de buena fe, dado que pagó incapacidades, pago afiliaciones a la Seguridad Social, pago salarios de más a la demandante, lo cual no se reconocen en la sentencian. Añadió, que la demandante no quedó totalmente inválida para trabajar, sólo perdió una parte de su capacidad laboral. Si bien no desconocía el dolor, el sufrimiento y la limitación, estimó, era muy elevada la condena, pues la demandante tampoco demostró en el proceso, ni el ingreso, ni que tenía otras actividades de las cuales obtuviese más ingresos, de modo que el monto de 50 millones era demasiado alto; más aún, cuando ella confesó haber originado la tragedia al mentir sobre no tener experiencia y por no aportar oportunamente los documentos para afiliarla. Reiterando, que su oposición radica en lo elevado de la condena impuesta<sup>1</sup> (récord: 1:04:09, ibidem).

---

<sup>1</sup> «Gracias, Señora Juez. En forma respetuosa e interpongo recurso apelación en contra de la sentencia, que su despacho acaba de proferir al considerar que los montos fijados están, pues demasiado altos para mi representado, de quien usted misma indica y los testigos, la demandante así lo confesaron, estuvo siempre atento a colaborar, a brindar, a servir a la señora demandante y pues tuvo un obrar de buena fe. El pago incapacidades, pago afiliaciones a la Seguridad Social, pago salarios de más a la demandante, cosa que no está siendo reconocida. Entonces por esta razón, yo apelo, argumentaré y ampliaré todos mis argumentos. Ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá muchas gracias.

[...]

Bueno, entonces... lo amplío en el sentido de que de que la demandante no quedó totalmente inválida para trabajar, ya que, lo que ella perdió fue una parte de su capacidad laboral. Sí, de ninguna manera desconocemos el dolor, el sufrimiento y la limitación, pero de todas maneras, doctora, es muy elevado el porcentaje que se le ha reconocido, porque ella tampoco demostró por ninguna parte del proceso, ni el ingreso que tenían ni las otras actividades de las cuales ella obtenía más ingresos y consideramos que este monto de 50 millones es demasiado alto, cuando es ella misma y quedó confesado, quien originó toda esta tragedia, primero porque mintió, porque no tenía experiencia y segundo porque no aportó oportunamente los documentos para afiliarla, cosa que ella también lo confesó y, que la doctora Juez, pues lo así lo reconoce en esta audiencia. El hecho de que ella quiera involucrar también aquí a la familia, pues bueno, afortunadamente el juzgado se lo negó, pero en todo caso, consideramos muy elevada esta condena».

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 **ELIZABETH CASTRO SANCHEZ** en este ordinario las pretensiones relacionadas a página 11 del archivo «001DemandaYAnexos.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 5 a 10, solicitando principalmente se declare «el demandado en forma solidaria, conjunta o individual es responsable de los daños físicos, daños materiales, morales [...], debe reparar, mediante indemnización, los perjuicios causados a la demandante [...] su señora madre **REBECA SANCHEZ DE CASTRO** [...], sus hijos **SEBASTIAN CAMARGO CASTRO** [...], **YESENIA CASTRO SANCHEZ** [...] y nieto menor de edad **JORDAN SAMUEL AGUDELO CASTRO** [...] por la responsabilidad patronal, así:», los perjuicios morales, perjuicios materiales, daño a la salud y vida en relación, la indexación, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que entre la demandante en calidad de trabajadora y la demandada EXCOSEIN S.A.S. existió un contrato de trabajo desde el 05 de septiembre del 2019 hasta el 30 de julio del 2020, por el cual la actora devengó un salario mínimo legal vigente; se declaró que el accidente de trabajo sufrido por la actora el 13 de septiembre del 2019 se presentó por culpa del empleador. Condenándose en consecuencia, al pago de perjuicios materiales en la suma de \$57.775.326, perjuicios morales, daño en la vida en relación, en la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes cada concepto; y absolvió de las demás las pretensiones, absteniéndose de pronunciarse respecto a las pretensiones incoadas por Rebeca Sánchez de Castro, Sebastián Camargo Castro, Yesenia Castro Sánchez y Jordan Samuel Agudelo Castro.

A fin de tomar decisión de fondo explicó, la demandada omitió su deber de protección y seguridad para con la demandante, por cuanto en primer lugar, no la afilió al Sistema de Seguridad Social al momento de la celebración del contrato y, por lo tanto, al momento del accidente no sabían a qué hospital podían acudir, lo que produjo una mora en la atención de la actora. En segundo lugar, no se capacitó a la demandante para el manejo de la máquina y si bien con el testimonio del señor César Armando Romero Arias se acreditaba que para el momento del accidente, la

demandante contaba con experiencia en el manejo de troqueladoras, dichas circunstancias no lo exoneraba de efectuar la inducción y capacitación en el manejo al momento del ingreso a la empresa. Aunado a lo anterior, sostuvo, que la demandada no contaba con un protocolo para el manejo de esta clase de contingencias y, además, la accionada designó a la demandante una máquina que presentaba fallas, siendo el único elemento de protección que la demandada le entregó a la demandante unos guantes de tela. De este modo, encontró que la demandante cumplió con la carga de probar la culpa o negligencia de su ex empleador al demostrarse en el plenario su omisión en los deberes de protección y seguridad, sin que la demandada, hubiere demostrado que no incurrió en dicha negligencia, pues no se aportó material probatorio que acredite que sí efectuó las medidas correctivas para proteger la salud e integridad física de su trabajadora; tampoco acompañó con la contestación de la demanda el Reglamento de Higiene y Seguridad, a fin de verificar la existencia de un protocolo para el manejo de la troqueladora. En consecuencia, encontró un nexo de causalidad entre la omisión del empleador de capacitar a la demandante en el manejo adecuado y seguro de la máquina, no haberle entregado elementos de seguridad y no afiliarla al sistema de Seguridad Social con el accidente de trabajo, el cual conllevó a que la demandante perdiera el 31% de su pérdida de capacidad laboral.

En cuanto a la liquidación de la culpa patronal, precisó respecto al lucro cesante, que este configura cuando se deja de recibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de la capacidad laboral o el fallecimiento, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir el daño bajo dos condiciones, una que se pruebe su culpa en el origen del siniestro y dos que se demuestre que el trabajador afectado sufrió una merma en sus ingresos, señalando conforme a lo anterior, que desde la fecha del accidente de trabajo y hasta el 30 de julio del 2020, la demandada le reconoció la demandante un salario mínimo legal mensual vigente, por lo cual en este lapso no se había desmejorado el ingreso, por tanto, se debía excluir de la liquidación, de modo que era procedente por concepto de lucro cesante consolidado la suma de \$7.274.818 y lucro cesante futuro por valor de \$50.500.508, para un total de \$57.775.326.

Con relación al daño moral, estimó que en el presente caso la actora tuvo que asistir al psicólogo con el fin de hacer catarsis de la situación vivida, tuvo seguimiento de dicha especialidad por presentar ideas de minusvalía, impotencia e inutilidad

profundas, acreditándose que con la pérdida de sus dedos sufrió en esa área emocional, procediendo a cuantificarlo en la suma de 15 SMLMV.

En cuanto al daño a la vida en relación, explicó ser procedente, en razón a que la amputación de los dedos tiene un concepto desfavorable de rehabilitación de carácter irreversible como se plasmó en la historia clínica de la demandante y la actora presenta dificultades en el desenvolvimiento diario para hacer las cosas, cuantificándolo la suma de 15 SMLMV.

Finalmente, consideró respecto al pago por daño en salud, no existe como tal una norma que establezca el reconocimiento alguno por dicho concepto, sino que es un elemento necesario para el estudio de la indemnización total y ordinaria de perjuicios; e igualmente, con relación a la solicitud general de reconocimiento y pago de perjuicios morales, materiales, daño en la salud para los señores Rebeca Sánchez de Castro, Sebastián Camargo Castro, Yesenia Castro Sánchez y Jordan Samuel Agudelo Castro, evidenció, que los citados señores no otorgaron poder al apoderado de la demandante, así como tampoco en el encabezado de la demanda o en cualquier otro documento se podía evidenciar que estos actuaban como demandantes, sino, quien fungía como tal, era únicamente la Sra. Elizabeth Castro Sánchez. De modo que aquellos no hacían parte del proceso.

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, una vez relacionados los antecedentes procesales y teniendo en cuenta los fundamentos del recurso de apelación de la demandada, se tiene que no es objeto de debate en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo vigente desde el 05 de septiembre de 2019 al 30 de julio de 2020; **ii)** que la señora demandante desempeñaba el *cargo de troqueladora*; **iii)** que devengaba como salario el mínimo legal mensual vigente; **iv)** que sufrió un accidente de trabajo el día 13 de septiembre de 2019 y que para ese momento, no se encontraba afiliada al sistema de seguridad social; y **v)** que como consecuencia de dicho accidente se

le determinó una pérdida de capacidad laboral del 31% con fecha de estructuración del 13 de septiembre de 2019.

Lo anterior, a más de haberlo sido así considerado y concluido la juez *a quo* en la sentencia, no fue objeto de apelación.

Pues bien, en los términos de la apelación propuesta, que, si bien no resulta un modelo a seguir, realizando en exhausta labor de interpretación, considera la Sala que se contrae a exponer vagamente una culpa exclusiva de la demandante en la ocurrencia del accidente de trabajo como causal de exoneración de la culpa endilgada en la sentencia de primer grado, así como al monto en que se calcularon los perjuicios materiales; puntos a los que únicamente se contraerá el problema jurídico.

Para resolver se precisa tener en cuenta, que todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T., que en su tenor literal prevé:

*«Artículo 216: Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...).».*

En esta última –responsabilidad subjetiva-, que es la que al caso interesa, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica, por lo que indispensable resulta la acreditación, no solo de

la ocurrencia del siniestro, sino también la demostración con suficiencia de la culpa del empleador.

Esta directriz debe acompasarse con el artículo 1604 del C.C. en el que se señala que *«El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio»*.

Sobre el concepto de culpa, la ley distingue tres clases de culpa (artículo 63 Código Civil):

*«Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado».*

Al respecto, bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894:

*«(...) Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del Código Civil, (...)*

*Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo —conmutativo— es la “leve” (...)*

*En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la “culpa levísima”, pues como lo enseña el citado artículo 1604 del Código Civil opera solo en los contratos en los cuales “el deudor es el único que reporta beneficio”, que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.*

*El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no solo en la sentencia que atinadamente cita el tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:*

*“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.*

*Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios» (negrilla fuera del texto.*

Ahora, como se anotó, para que proceda la indemnización solicitada debe comprobarse palmariamente que la enfermedad o el accidente sufrido por el trabajador fue con ocasión y causa imputable a la culpa del patrono, es decir, que haya mediado grado de impericia, negligencia o falta de cuidado en éste y como consecuencia de ello, se haya producido el hecho.

Igualmente, se resalta que conforme el artículo 1757 *ibídem*, quien tiene la carga de la prueba es aquella persona que alega la existencia de una obligación o su extinción, de manera tal, que, para el presente caso, debe ser la parte actora quien pruebe la culpa, momento en el cual la carga será trasladada a la empresa demandada.

En el *examine*, se tiene que la demandante el 13 de septiembre de 2019 sufrió un accidente de trabajo mientras manipulaba una máquina troqueladora, aspecto que no se discute en el proceso, como tampoco se discute en esta instancia, la actora no recibió ningún tipo de capacitación para el manejo de la misma, de igual modo, que al momento de iniciar el contrato de trabajo, que lo fue el 05 de septiembre de 2019, no fue afiliada al sistema de seguridad social integral, así como tampoco, que la demandada no contaba protocolos y reglamentos de seguridad y salud en el trabajo, en especial, protocolo alguno para el manejo contingencias como la ocurrida con la demandante; asimismo, no se controvierte en esta sede judicial, que el único elemento de protección que la demandada le entregó a la demandante fueron unos

guantes de tela. Todas estas circunstancias, vale precisar, fueron consignadas en la sentencia de primer grado sin que hayan sido controvertidas.

Aspectos que sin lugar a dudas dieron cuenta del del accidente y, tal como concluyó la juez A Quo, se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en los términos del artículo 261 del CST, pues de tales elementos, se evidencia negligencia de la empresa, que no contaba siquiera con protocolos o reglamento de seguridad y salud en el trabajo, no se brindaron capacitaciones para el cargo de troqueladora, con el agravante de no habersele afiliado al sistema de seguridad social integral, con lo cual se pudiera incluso atender la contingencia.

Ahora, si bien, estima la recurrente que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la demandante, quien al parecer le afirmó ser experta en el manejo de máquinas troqueladoras, es decir, que era experta y de buena fe creyó en ello; empero incluso de ser cierto ello, es decir, que la demandante estuviera capacitada o tuviese un alto nivel de experticia, lo cierto es que, ello no obsta para que el empleador cumpla con su obligación de adoptar las medidas de seguridad mínimas para la realización de esas labores, como para de ahí achacar en el trabajador la responsabilidad de las medidas de seguridad que a éste le incumbían, mucho menos, establecer que podía adelantar las actividades por tener experiencia en la materia, pues de ello no es posible, como lo sugiere la recurrente, estimar que el accidente se debió a la impericia del causante y con ello achacarle a este exclusivamente la responsabilidad en el mismo.

Al respecto, la Sala recuerda que la labor del empleador no se limita únicamente al suministro de cualquier elemento de seguridad (no siendo ese el caso de marras), con el que se considere a salvo al trabajador de los riesgos inherentes a su labor; si no que le corresponde velar con diligencia, precaución, cautela y proactividad para que el entorno del trabajo suponga garantías a sus empleados que se traduzcan en evitar accidentes, enfermedades laborales o la muerte misma. Por ello, son sus responsabilidades entre otras, capacitar adecuadamente a sus trabajadores sobre los riesgos propios de su labor, desde su visión general y el rol particular de los trabajadores; suministrar elementos de seguridad acordes con las funciones y los riesgos a que se verá expuesto; disponer de un sistema de gestión del riesgo y seguridad en el trabajo; obrar con diligencia, y no sólo de manera reactiva, en relación con la prevención de los riesgos laborales. Al respecto, debe tenerse en

cuenta lo indicado por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1900-2021 donde recordó:

*«Lo anterior, por cuanto **aun aceptando que el trabajador tenía experiencia, ello de ninguna manera puede sustraer ni eximir la obligación del empleador en realizar la debida capacitación e inducción a sus trabajadores,** y de dar cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979, en donde se consagran como obligaciones de los empresarios, entre otras, la siguiente: «g) **Suministrar instrucción adecuada a los trabajadores antes de que se inicie cualquier ocupación, sobre los riesgos y peligros que puedan afectarles, y sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos**» (Subrayado fuera de texto), lo que guarda concordancia con lo previsto en literal g) del artículo 84 de la Ley 9 de 1979, que establece: «Realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y sobre los métodos de prevención y control».*

*Es que nuestra legislación laboral, y en las normativas de salud ocupacional, hoy Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, y las de riesgos laborales, consagran la obligación del empleador de cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, tal y como se desprende de los en los numerales 1 y 2 del artículo 57, 348 del CST, 2 de la Resolución 2400/79, literales c), d) y g) del canon 21 del Decreto 1295/94, último vigente para aquella data, entre otras disposiciones. (Ver sentencia CSJ SL9355-2017).*

*En este orden, para que el empleador pueda exonerarse de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo, **debe demostrar haber actuado con diligencia y cuidado para prevenir o evitar su ocurrencia,** máxime **cuando se trate de actividades de altísimo riesgo para la vida y la integridad del trabajador, como se observa en el subexamine...** y si bien no puede afirmarse que la culpa del empleador se presume en estos casos, **sí implica que deba tener un mayor grado de diligencia y cuidado, debiendo tomar las medidas que correspondan con la alta vulnerabilidad a que queda expuesto el trabajador en esta clase de actividades**» (Negrillas de la Sala).*

Sobre la base de lo anterior, no puede predicarse culpa exclusiva de la víctima para exonerar al empleador recurrente, pues las deficiencias anotadas son ostensibles, sin duda, dan lugar al accidente de trabajo y a la culpa del empleador en su resultado, más aun cuando alega su propia culpa en no verificar si en efecto la actora contaba con las habilidades o experiencia para desempeñar el cargo, debiendo entonces asumir tal riesgo. Recuérdese que, es inadmisibles alegar la propia culpa utilizar para ser aprovechada en causa propia.

Conforme a lo antes indicado, considera la Sala, se ha probado suficientemente la culpa del empleador, la cual desde luego no se encuentra desvirtuada en el plenario, pues como quedó visto en el análisis realizado se concluye que EXCOSEIN no cumplió con la carga procesal de demostrar que actuó con diligencia y precaución para resguardar la salud y la integridad del trabajador en el sitio donde aconteció el siniestro, por lo que la empresa no acató las obligaciones generales de protección

y seguridad para con sus subordinados que consagra el artículo 56 del CST y las obligaciones especiales indicadas en el artículo 57 ibidem, numerales 1° y 2°, lo que significa, que la empleadora no acreditó que haya tenido una conducta que la eximiera de responsabilidad, en cuanto a haber desplegado todas las gestiones necesarias para prevenir este tipo de accidentes, que lejos está de ser un caso fortuito, imprevisible o en el que hay mediado la culpa exclusiva de la trabajadora.

Lo anterior, sin que para ello tenga incidencia alguna la concurrencia de culpas que eventualmente se haya generado, pues tal como tiene decantado de antaño la Sala de Casación Laboral, «los actos inseguros o imprudentes a lo que ya se ha hecho mención pudo cometer el trabajador, no exime al empleador de su culpa ni tampoco conduce a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios», tal como se precisó en la sentencia CSJ SL1900-2021, donde se recordó lo dicho en la sentencia CSJ SL4277-2020, que reiteró la CSJ SL2335-2020, en los siguientes términos:

*«La concurrencia de culpas de empresa y trabajador no exime de responsabilidad a la empresa. Solo la exime la culpa exclusiva de la víctima. Así lo tiene asentado la jurisprudencia laboral, verbigracia en la sentencia CSJ SL 2335 de 2020, como sigue:*

*Pues bien, esta Corporación desde la sentencia CSJ SL, del 15 de nov. 2001, rad. 15755, en relación a esta precisa temática, adoctrino que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, por la cual no resulta operante el concurso de culpas previsto en el citado artículo 2357 del Código Civil, según lo explicado así:*

*[...] Considera la Sala que en principio el artículo 216 del C.S.T. radica exclusivamente en cabeza del culpable la indemnización <total> y ordinaria de perjuicios, sin que prevea una reducción de la misma por una eventual concurrencia de culpa de la víctima. Si el deseo del legislador fuera permitir tal aminoramiento, bastaría con que así lo hubiese previsto de manera expresa o simplemente ordenado remitirse a las normas del código civil que gobiernan la materia en esa especialidad. Pero tan no fue esa la voluntad del legislador, que reguló el tema de modo autónomo, en el propio código sustantivo del trabajo, haciendo énfasis en que el empleador responsable debe responder por la totalidad de los daños y es apenas elemental que este diáfano concepto excluye lo meramente parcial o lo incompleto.*

*Además, lo anterior tiene plena concordancia con lo prescrito respecto de la responsabilidad objetiva en la que la ley se encarga de tarifar de antemano las consecuencias o efectos sin que tenga el trabajador que demostrar culpa alguna. En cambio, en el sistema del artículo 216 en comento, la carga probatoria de la culpa y de los perjuicios sufridos le incumbe exclusivamente al afectado.*

*No está por demás decir que constitucional y legalmente existe protección especial para el trabajo humano y los derechos de los trabajadores consagrados en la legislación laboral son derechos mínimos, razón adicional que pone de manifiesto la impropiedad de aplicar analógicamente en esta materia las normas civiles que tienen*

*un fundamento y una finalidad distinta, especialmente en temas como el presente en que se trata de una culpa patronal que originó el deceso del trabajador demandante.*

*En providencia CSJ SL, del 10 de mar. 2004, rad. 21498, la Corte precisó el anterior criterio, para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes.*

*[...]*

*De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador, **pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo.** (Negrillas del texto original).*

En esa dirección, cabe señalar, únicamente para resolver las inconformidades del recurrente en torno a la buena fe y colaboración que tuvo la parte accionada representado en el hecho del acompañamiento a la demandante durante y después del accidente, era es su obligación como empleador, velar por el bienestar de sus trabajadores, máxime cuando dicho bienestar, como el caso de marras, es afectado por un accidente de trabajo.

En ese sentido, no puede salir avante la tesis de la recurrente y por tanto se confirmará la decisión en ese aparte.

Decantado lo anterior, pasará a determinarse lo relacionado con los aspectos recurridos en torno a la condena fijada en primera instancia objeto de alzada, esto es, el monto reconocido por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante y consolidado y lucro cesante futuro, ocasionados por accidente de trabajo, recordándose por parte de la Sala frente a este puntualísimo aspecto, la recurrente no controvierte la causación de estos, sino el valor en que fueron fijados los mismos.

Para tal efecto, debe recordarse, el artículo 1614 del Código Civil Colombiano define el lucro cesante como «*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*» o, dicho en otras palabras, consiste en un daño patrimonial derivado de la ganancia que se dejó de obtener por un incumplimiento contractual, un daño o un acto ilegal. En ese orden, para probar su existencia debe demostrarse que se dejó de recibir cierta ganancia debido al daño causado.

Por su parte, este órgano de cierre en proveído CSJ SL2845-2019, citada en CSJ SL5136-2020 y CSJ SL1530-2021, indicó que:

*Por ello se hace necesario reiterar que, en el campo del Derecho Laboral, el lucro cesante se configura cuando se deja de percibir un ingreso económico o se recibe en menor proporción a causa de la pérdida de capacidad laboral o fallecimiento, en cuyo caso el empleador está en la obligación de resarcir tal daño, bajo dos condiciones: una, que se pruebe su culpa en el origen del siniestro y, dos, que se demuestre que el trabajador afectado sufrió una merma en sus ingresos (CSJ SL887-2013) (subrayado añadido).*

En el caso de marras, la juez a quo, estimó que el cálculo del lucro cesante consolidado y futuro, se efectuaban «con base en la sentencia de unificación SU 001 del año 2015», sin mencionar efectivamente cual había sido la ganancia dejada de percibir, precisando la Sala que dicha sentencia, una vez consultada la página de internet de la relatoría de la Corte Constitucional no fue encontrada. De tal modo que, se acude a lo enseñado por la Sala de Casación Laboral, la cual ha enseñado de antaño que el lucro cesante debe entenderse como el dinero dejado de percibir por la ocurrencia del daño, el cual comprende el lucro cesante pasado, y el futuro, entendiéndose por el primero, el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo, hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable de la actora (ver entre otras sentencias la CSJ SL3784-2014, CSJ SL18360-2017, reiterado en la CSJ SL1900-2021 y la CSJ SL2552-2022).

Así las cosas, advirtiéndose que en efecto la accionante confesó que el pago de salarios y/o incapacidades por parte del empleador hasta el momento en que decidió no seguir laborando, esto es, el 30 de julio de 2020 fecha desde la cual deben resarcirse los perjuicios a título de lucro cesante pasado hasta el momento en que se produjo la sentencia, que en este caso corresponde a la de primera instancia, el 11 de julio de 2022, luego a partir de esa data se calculará el lucro cesante futuro, siguiendo para tal efecto las fórmulas enseñadas por la Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, en la CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, reiterados en el CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29644; CSJ SL695-2013; CSJ SL5619-2016, CSJ SL12707-2017, reiterada en la CSJ SL3283-2022, según las cuales:

«[...] [en torno al lucro cesante, es menester] distinguir el “pasado”, esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998-- , se impone entender, por no existir en el recurso

extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo; y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio --atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y reducida aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital, atendiendo de paso el criterio propuesto por la moderna doctrina, de la siguiente forma:

“Lucro cesante pasado:

“VA = LCM x Sn”

“Donde:

“VA = valor actual del lucro cesante pasado total más intereses puros lucrativos”

“LCM = lucro cesante mensual actualizado”

$(1 + i)^n - 1$

$Sn] = \frac{\text{-----}}{i}$

“Siendo:

“n = Número de meses a liquidar”

“i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)”

“Lucro cesante futuro:

“VA = LCM x An”

“Donde:

“VA = valor actual del lucro cesante futuro”

“LCM = lucro cesante mensual”

$(1 + i)^n - 1$

$a n \text{-----}$

$i (1+i)^n$

“Siendo:

“n = Número de meses de incapacidad futura”

“i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)».

En esa medida con apoyo del grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se procedió a realizar el respectivo cálculo, obteniéndose como lucro cesante consolidado y futuro a favor de la demandante lo siguiente:

<b>CALCULO LUCRO CESANTE</b>		
<b>LCC =</b>	$\frac{R (1+i)^n - 1}{i}$	
<b>NOMBRE</b>	<b>ELIZABETH CASTRO</b>	
<b>FECHA NACIMIENTO</b>	21/11/1968	
<b>FECHA TERMINACIÓN CONTRATO</b>	1/08/2020	
<b>EDAD A TERMINACIÓN CONTRATO</b>	52,00	
<b>SUPERVIVENCIA ESTIMADA</b>	32,9	
<b>SUPERVIVENCIA EN MESES</b>	394,8	
<b>TIEMPO LUCRO CESANTE FUTURO</b>	371,13	
<b>INTERÉS LEGAL MENSUAL</b>	0,486755%	
<b>SALARIO</b>	\$	877.803,00
<b>Salario base liquidación</b>	\$	877.803,00
<b>% Pérdida de Capacidad</b>	31,00%	
<b>% del Salario Base de Liquidación</b>	\$	272.118,93
<b>Actualización salario</b>	\$	1.000.000,00
<b>INTERÉS BANCARIO MENSUAL</b>	1,620759%	
<b>TIEMPO</b>		
<b>FECHA INICIAL (fin contrato)</b>	1/08/2020	
<b>FECHA FINAL SENTENCIA</b>	11/07/2022	
<b>MESES PROBABLES DEL PROCESO</b>	24	
<b>CALCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO</b>		
<b>LCC</b>	<b>\$ 25.019.325,84</b>	
<b>CALCULO INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO</b>		
<b>RA =</b>	$\frac{L.C.C.}{n}$	<b>\$ 1.057.154,61</b>
<b>CALCULO DE LUCRO CESANTE FUTURO</b>		
<b>LCF =</b>	$\frac{RA (1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$	<b>\$ 181.360.122,82</b>

<b>TOTALES LIQUIDACIÓN</b>	
<b>LUCRO CESANTE CONSOLIDADO</b>	<b>\$25.019.325,84</b>
<b>LUCRO CESANTE FUTURO</b>	<b>\$181.360.122,82</b>
<b>TOTAL, LIQUIDACIÓN</b>	<b>\$206.379.448,66</b>

Por lo expuesto, dado que en primera instancia se dispuso que el valor de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante sería de \$57.775.326, en virtud el principio de *no reformatio in pejus* se mantendrá incólume el monto dichos conceptos establecidos en primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose agotado la competencia de la Sala 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**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

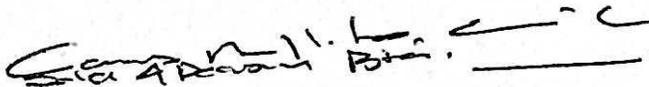
**RESUELVE**

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

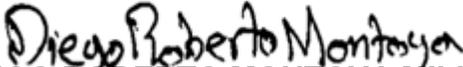
**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERWIN GALLO ACUÑA  
CONTRA PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A. (RAD. 24 2020 00089  
01)**

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

**AUTO**

El apoderado de la accionada mediante escrito arrimado el 07 de septiembre de 2022, solicita dejar sin efectos el auto mediante el cual se admitieron los recursos de apelación propuestos por las partes y se corrió traslado para alegar de conclusión, en razón a que se consignó como fecha del mismo, el 01 de julio de 2022, cuando en realidad correspondía al 01 de agosto de la presente anualidad, para lo cual, baste con señalar si bien se presenta un error de digitación en la fecha de la providencia, lo cierto es que ello no invalida la providencia ni su contenido, como quiera que este cumplió su finalidad al ser publicado oportunamente en los estados y en el micrositio de la rama judicial, de tal modo, que el error en la fecha no tiene la finalidad de dejar sin efectos la admisión y el traslado surtidos, pues es a partir de su publicación que el contenido de las providencias le es oponible a las partes, en aras de contabilizar términos. En ese orden de ideas, no es la fecha que eventualmente se inserte en la providencia la que produce efectos, sino cuando se hace pública a las partes. En el caso que nos ocupa, tal finalidad se cumplió, tanto así, que incluso la parte actora presentó sus alegatos de conclusión oportunamente. De esta forma, no se accede a lo solicitado.

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

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 recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2022 (Exp. Digital: «06AudioAudienciaDeJuzgamiento14-07-2022.mp4», récord: 36:40), en la que se resolvió:

*«DECLARAR que entre el señor ERWIN GALLO ACUÑA y la sociedad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A, existió un contrato de trabajo vigente entre el 14 de febrero de 2018 y el 21 de octubre de ese mismo año, desempeñando el cargo de Arquitecto y devengando un salario mensual igual a CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$4.900.000,00), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada la sociedad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A a reconocer y pagar a favor del demandante señor ERWIN GALLO ACUÑA debidamente indexadas las sumas de dinero que por los siguientes conceptos a continuación se relacionan:

- A. \$ 3.375.556,00 por concepto de auxilio de cesantías por el tiempo laborado.
- B. \$ 279.046,00 por concepto de intereses a las cesantías por el tiempo laborado.
- C. \$ 1.510.833,00 por concepto de primas de servicios por el tiempo laborado.
- D. \$ 1.361.111,00 por concepto de vacaciones por el tiempo laborado.
- E. \$ 3.430.000,00 por concepto de 21 días de salario para el mes de octubre de 2018.

**TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A a descontar de las sumas de dinero que por concepto de prestaciones sociales resultó adeudando a favor del señor ERWIN GALLO ACUÑA, el valor de \$6.485.450,00 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A a reconocer y pagar a favor del demandante señor ERWIN GALLO ACUÑA los aportes para pensión, que deberán ser consignados al fondo de pensiones que indique la demandante este afiliado o, en su defecto, a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, para el periodo comprendido entre el 1° de abril y el 21 de octubre de 2018, tomando como IBC la suma de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE(\$4.900.000,00), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**QUINTO: DECLARAR** probados los hechos sustento de la excepción de buena y no probadas las demás propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada. Por secretaría liquídense incluyendo en ellas la suma de \$500.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho».

La sentencia fue «adicionada» de oficio por la juez, estableciendo que, para todos los efectos, el numeral primero es del siguiente tenor 59:34:

**«DECLARAR** que entre el señor ERWIN GALLO ACUÑA y la sociedad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A, existió un contrato de trabajo vigente entre el 14 de febrero de 2018 y el 21 de octubre de ese mismo año, desempeñando el cargo de Arquitecto y devengando un salario mensual igual a CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$4.900.000,00) el cual terminó por renuncia del trabajador, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**ADICIONAR UN NUMERAL: DECLARAR** la invalidez del acuerdo de transacción suscrito entre el demandante ERWIN GALLO ACUÑA y la demandada PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A, el día 14 de diciembre de 2018 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia».

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

Inicialmente el apoderado de la parte actora, respecto de la absolución impartida por concepto de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, para lo cual, argumentó en síntesis, se desconoció el precedente jurisprudencial para estudiar la buena o mala fe del empleador, en el entendido que no se puede responsabilizar al trabajador de los riesgos propios que genera el giro ordinario de los negocios de una empresa, no son un hecho que acrediten la buena fe del empleador, es decir, que el hecho de no tener recursos para sufragar los pasivos laborales, debido a una situación de insolvencia, no lo eximen de hacer lo correcto en el momento adecuado, para evitar un mayor perjuicio. Así como riesgo propio de cualquier negocio, el empresario debe estar en la capacidad de prever y gestionar la crisis económica; más aún, cuando en el presente caso, la falta de pagos ocurrió incluso en desarrollo del contrato de trabajo, donde la demandada desconoció el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social y pensional, descontándolos mensualmente y no los pagó al fondo de pensiones y al sistema de Seguridad Social en salud; ello, sumado a que el proceso de insolvencia y/o reorganización se inició con posterioridad a la terminación del mismo, por tanto no podía predicarse la buena fe del empleador en el caso que nos ocupa<sup>1</sup> (récord: 39:14, ibidem).

---

<sup>1</sup> «Gracias su señoría, es interés de la apoderada judicial del extremo activo de la litis, formular recurso de apelación contra la providencia esgrimida por su honorable despacho. Su señoría, en primera instancia quiero manifestar que extraña para la suscrita apoderada judicial el desconocimiento del precedente horizontal y vertical, que de antaño ha señalado, que no se puede vincular, no se puede digamos responsabilizar al trabajador de los riesgos propios que genera el giro ordinario de los negocios de una empresa. La

Por su parte el apoderado de la accionada, indicó, no comparte la decisión de

---

*jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia ha decantado el tema en diferentes ocasiones y, esto justamente para referirme puntualmente, al desconocimiento del obrar de mala fe de la parte demandada y de contera, en desestimar la pretensión de la sanción moratoria de que trata de artículos 65 y el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*Su señoría la Honorable Corte Suprema de Justicia en múltiples precedentes jurisprudenciales, entre los cuales tenemos, el de radicados 572 2021, 86728 del magistrado ponente Luis Benedicto Herrera Díaz y entre otros, que han sido como lo indiqué en precedente, es doctrina probable para casos como el que hoy nos convoca y en los que puntualmente la honorable Corte Suprema, ha señalado de entrada que la insolvencia de una compañía o los procesos de la organización por sí misma, no son un hecho que acrediten la buena fe del empleador, es decir, que el hecho de no tener recursos para sufragar los pasivos laborales, debido a una situación de insolvencia, no lo eximen de hacer lo correcto en el momento adecuado, para evitar un mayor perjuicio. Así como riesgo propio de cualquier negocio, el empresario debe estar en la capacidad de prever y gestionar la crisis económica. De hecho, sí parece tornarse para la jurisprudencia como de mala fe el seguir recibiendo los servicios de un trabajador a sabiendas del estado de insolvencia y no desplegar medidas para evitar su agudización.*

*Su señoría esto llevado al caso que nos convocó, justamente comporta un interés importante y que debía ser de un análisis puntual del ilustre despacho judicial, dado que, como se señaló en la situación fáctica de la demanda, el incumplimiento del empleador no se genera cuando ellos señalan haber sido admitidos en un proceso de organización, el incumplimiento del empleador se vislumbra, inclusive, desde el momento mismo en que contrató los servicios del trabajador. Circunstancias que quedaron probadas con el material suasorio agregado al expediente y con los mismos testimonios absueltos en las diligencias respectivas, quienes coincidieron en señalar que desde el momento en que se generó el vínculo laboral, el empleador generó moras en el pago de las prestaciones sociales, no solo de sus salarios sino además de sus prestaciones sociales, y adicionalmente, desconoció muchos de ellos, puntualmente ocurrió con el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social y pensional, que además de haberlos descontado mensualmente, decidió no pagarlos o no disponerlos al fondo de pensiones y al sistema de Seguridad Social en salud, generando además un fraude económico para dichas compañías y para mi cliente y un riesgo enorme en su tema de salud. Entonces, estos aspectos deberían analizarse puntualmente al momento de realizar el estudio por el despacho judicial, para analizar el obrar de buena fe de la parte demandada.*

*Otro aspecto importante su señoría, que debía tenerse en cuenta y que de manera extraña no sé evidenció en las precedentes, es que, tanto la representante legal de la demandada como la testigo de descargo, es decir, de la parte demandada, señalaron que PROMOBILY continuaba obteniendo provechos económicos, o que seguía ejecutando proyectos vinculados con su objeto social que le generaban réditos, los cuáles debían de ser destinados de manera primigenia para el pago de los derechos fundamentales y esenciales de sus trabajadores. No obstante, decidió de manera autónoma y de muy mala fe, omitir, obviar el reconocimiento y pago de dichos emolumentos.*

*Se reitera, que genera en las presentes y llama muchísimo la atención negativamente el hecho de que no se hubiera tenido en cuenta de que el desconocimiento y la mora en el pago, no se generó ni siquiera en el momento de que señala la parte demandada fue admitida en proceso de organización, sino que tal incumplimiento se generó desde el momento mismo de la vinculación del trabajador a su compañía.*

*Ahora bien, pues también llama mucho la atención, que el despacho no haya tenido en cuenta, que tal como lo ha decantado la honorable Corte Suprema de Justicia en sendas jurisprudencias el riesgo de la compañía no comporta un riesgo o no comporta una responsabilidad del trabajador, pues de tener en cuenta dicha tesis, sería también entender que el trabajador también debería hacerse partícipe de la ganancia de los réditos o de las ganancias de la ejecución del objeto social de una compañía, circunstancia que es clara, no opera en este tipo de asuntos laborales.*

*Su señoría, como lo mencioné, para evaluar o digamos para fundamentar un poco mejor mi inconformidad con el análisis del honorable despacho, en el sentido de señalar el obrar de buena fe del empleador, en el caso que nos convoca, me permito citar un aparte de la sentencia con radicación 572-2021 radicado número 86728, magistrado ponente Luis Benedicto Herrera Díaz, quien respecto a este tópico señaló: « En este orden, la buena fe en la ejecución de los contratos de trabajo impone el deber, tanto al trabajador con al empleador, de cumplir con las obligaciones y deberes que la ley ha impuesto a cada uno; así, el trabajador presta sus servicios asegurando el cuidado, respeto, diligencia y observancia de las instrucciones y órdenes del empleador, guardando el respeto y la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros; a su vez, el empleador, entre otras obligaciones, debe pagar cumplidamente al trabajador salarios y prestaciones sociales como retribución al servicio recibido. Es pertinente para la Sala indicar que de igual modo surgen también relaciones jurídicas obligacionales que no han quedado expresadas en el contrato, pero que emanan del mismo, como la lealtad, honestidad y compromiso que cada una de las partes espera razonablemente de la otra, dentro de un estándar de conducta que el derecho impone a través de la buena fe a los contratantes. Por esta razón el empleador, en su condición de deudor moroso, asume la carga obligacional de aportar los elementos de convicción en que soporta su conducta, que le permita demostrar que su comportamiento se ciñó a los estándares de lealtad, honestidad y compromiso que le imponen ejecutar la relación contractual de buena fe».*

*Su señoría y con base en el anterior precedente jurisprudencial, es clarísimo, que corresponde a una carga probatoria que le ha impuesto las reglas jurisprudenciales y la misma ley, a la parte demandada al empleador, de demostrar su obrar leal, honesto. En este caso no ocurrió otra circunstancia, pero su señoría, la única manifestación o la única circunstancia, con la cual pretende el empleador justificar su obrar, es el supuesto trámite de insolvencia, circunstancia su señoría, que está derruido además, porque la honorable Corte ya lo ha señalado, que éste no es un elemento que deba tenerse en cuenta para analizar, o bueno, para demostrar el obrar de buena fe del empleador, puesto que es un riesgo propio de la ejecución de su objeto social y, adicionalmente su señoría, es que también se indicó por medio de las pruebas testimoniales que se evacuaron en la audiencia respectiva que el empleador percibía recursos económicos que el empleador seguía ejecutando su objeto social y que a pesar de que percibía tales rubros económicos, decidía dirigirlos o emplearlos al pago de otros emolumentos y no así darle prioridad al pago de sus obligaciones laborales, que además, de paso vale la pena resaltar, que tienen un carácter preferencial.*

*Entonces el empleador no lo hizo, inclusive, el proceso de insolvencia fue admitido mucho después de que mi representado presentará su renuncia. Eso también es un aspecto que, si se analiza desde el punto de vista temporal, ni siquiera guarda relación directa con los hechos de la demanda, puesto que el empleador renuncia tiempo anterior al momento en que el empleador señala haber sido admitido en su proceso de reorganización. Luego además de que, pues no puede ser tenida en cuenta su señoría, bajo ninguna óptica, como obrar de buena fe, pues también debió analizarse en su momento este aspecto temporal para luego sí, determinar si el empleador obro o no obro de mala fe, desafortunadamente para este caso el despacho determina que se generó una actuación de buena fe, circunstancia en la cual, con todo respeto, señoría como lo manifesté, me encuentro en desacuerdo. Por lo anterior su señoría, solicito se remita el expediente digital para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá analice la presente providencia y emita la sentencia que en derecho y en justicia corresponda, gracias su señoría».*

declarar inválida la transacción dado que se cumplen los requisitos para que esta no sea declarada ineficaz, en la medida que había un conflicto de tipo económico, precisando, en las ecuaciones aritméticas efectuadas por el Juzgado, son básicamente las mismas que se indicaron en el acuerdo transaccional, por lo cual, en ningún momento se estaba tranzando sobre pagos de prestaciones sociales y otras acreencias laborales. Asimismo, hubo manifestación expresa de la voluntad de los contratantes exenta de vicio, pues ninguna de las dos partes manifestó estar en un proceso de interdicción o su representante legal no tener facultad para suscribir la transacción y tampoco, la parte demandada acreditó estar en apoyo judicial o en alguna directiva anticipada como para determinar, que no había voluntad de los contratantes para suscribir el acuerdo.

De igual modo, indicó, hubo concesiones mutuas o recíprocas, pues el acuerdo no tenía nada que ver con el reconocimiento de los valores que eran propios a mínimos vitales derivados de la relación laboral, pues estos se respetaron siempre, tal como se acreditaba con el documento de la transacción y la liquidación, base para realizar la transacción, para acordar la forma de pago. Finalmente, no se involucraron derechos ciertos e indiscutibles, porque las partes lo que estaban tranzando no era como tal, las ecuaciones aritméticas, ni los valores de los cuales se desprendían las cesantías, intereses, vacaciones, primas, sino, la forma de pago, que a su juicio, sí era objeto de transacción, en la medida que la empresa ya estaba viendo su difícil situación económica y con ello evitar una eventual sanción del artículo 65 del CST, tal como lo tuvo la a quo, para absolverla de esta, demostrando que de ninguna manera actuó de mala fe, porque a través de la transacción, quiso respetar ese pago y acordarlo a través unos pagos que, con el proceso de reestructuración, no pudo cumplir con el tercer pago.

En ese orden, añadió, la decisión era errónea en el sentido que no sería propio decretar invalidez, porque no se está hablando de los vicios del consentimiento en la transacción, sino que, lo viable era haber decretado la ineficacia, porque echar de menos uno de estos requisitos. Bajo ese criterio, solicitó se revoque en ese punto el fallo de instancia y, sea declarado como válido y eficaz el acuerdo transaccional al que llegaron las partes.

Por otra parte, solicitó, se revoque lo relativo a de la imputación de pagos de Seguridad Social, teniendo en cuenta que estos pagos ya se están estudiando en el acuerdo o en la reestructuración organizacional que está llevando la empresa,

razones por las cuales, no habría lugar una declaratoria en este proceso, teniendo en cuenta que ya se está discutiendo en ese acuerdo organizacional<sup>2</sup> (récord: 1:00:47, 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 ERWIN GALLO ACUÑA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 88 a 91, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a páginas 91 a 96 (Exp. Digital: «01Expediente202000089.pdf»), solicitando se declare la existencia de un**

---

<sup>2</sup> «Gracias señorita teniendo en cuenta la sentencia que cierra la instancia y la adición a la misma para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, interpongo recurso de apelación exclusivamente sobre dos aspectos que fueron declarados en el fallo. El primero que es con lo atinente a declarar inválida la transacción laboral. Al efecto, hemos de destacar que el vocablo transar sugiere llegar a un acuerdo en donde dos o varias partes ceden algo de lo que pretenden respecto de un litigio hablándolo jurídicamente. Básicamente la naturaleza de la transacción, se contempla como un mecanismo alterno de resolución de conflictos de forma autocompositiva, en donde las partes por su voluntad declaran como resuelto un conflicto, con el fin de, o terminar un pleito que está en curso o precaver uno eventual. Al efecto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha indicado que los efectos jurídicos de una... básicamente son, darle certeza a una situación incierta, para que con ello, se precava un litigio, o se dé por terminado uno que ya está en curso.

Asimismo, ha indicado que son cuatro los elementos o los requisitos de la esencia para que no se declare como ineficaz un acuerdo transaccional. El primero de ellos, es que efectivamente exista un litigio en curso o este eventualmente uno pendiente por iniciar ante la jurisdicción, en este caso, pues era evidente que, si había un conflicto de tipo económico que tenía que ver con el reconocimiento de mínimos vitales, porque eso está claro. De hecho, en las ecuaciones aritméticas que hace el despacho, son básicamente las mismas que se indicaron en el acuerdo transaccional, por lo cual, acá en ningún momento se estaba tranzando sobre esos pagos de prestaciones sociales y otras acreencias laborales.

Asimismo, la Corte ha indicado que se requiere de la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes y que las manifestaciones estén exentas de vicios. En ese caso, pues no aplica para ello, porque ninguna de las dos partes manifestó estar en un proceso de interdicción o su representante legal no tener facultad para suscribir la transacción y tampoco de acuerdo a la Ley 1996 del 2019, la parte demandada acreditó estar en apoyo judicial o en alguna directiva anticipada como para determinar, que no había voluntad de los contratantes para suscribir el acuerdo.

Como tercer requisito, se indica que hayan concesiones mutuas o recíprocas, y acá si hubo unas concesiones mutuas. Vuelvo y reitero, no tenía nada que ver con el reconocimiento de los valores que eran propios a los derivados, o los propios a mínimos vitales derivados de la relación laboral, teniendo en cuenta que los mínimos vitales se respetaron siempre, y así fue acreditada dentro del proceso con la transacción y el documento que la complementaba que era la liquidación, que fue el elemento base para realizar la transacción, para acordar la forma de pago.

Y como último elemento, que es el que el despacho echa de menos, que es que, no trate de derechos ciertos e indiscutibles y, en este punto, es que reprochó la decisión del despacho bajo el entendido que en la parte considerativa, la sentencia, se indica que en esa transacción si se estaban involucrando derechos ciertos e indiscutibles pendientes a tranzar, eso no fue así no fue así porque las partes lo que estaban trazando no era como tal, las ecuaciones aritméticas, ni los valores de los cuales se desprendía cesantías, intereses, vacaciones, primas, sino lo que se estaba tranzando era la forma de pago, que eso sí es objeto de transacción. ¿y porque se está tranzando la forma de pago, su señorita, o también eso para la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá? Porque la empresa ya estaba viendo su difícil situación económica esto tendiente a evitar una eventual sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de la cual pues, el despacho absuelve a mi representada por qué pues efectivamente se demostró que de ninguna manera actuó de mala fe y de ninguna manera actué de mala fe, porque a través de la transacción, quiso respetar ese pago y acordarlo a través de unos instalamentos (sic), que desgraciadamente con el proceso de reestructuración, no pudo cumplir con el tercer pago.

Entonces, bajo ese criterio consideró que la sentencia del juzgado es errónea, en el sentido en que se decreta la invalidez, aparte que no sería propio decretar invalidez, porque no estamos hablando de los vicios del consentimiento en la transacción, sino lo viable era haber decretado la ineficacia, porque echar de menos uno de estos requisitos, lo que genera es ineficacia, no invalidez. Bajo ese criterio para ante la Sala Laboral solicitando se revoque en ese punto el fallo de instancia y sea declarado como válido y eficaz el acuerdo transaccional al que llegaron las partes.

Por otra parte, su señorita, también para la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá interponer recurso respecto de la imputación de pagos de Seguridad Social, teniendo en cuenta que estos pagos ya se están estudiando en el acuerdo o en la reestructuración organizacional que está llevando la empresa, razones por las cuales, no habría óbice de hacer una declaratoria acá, teniendo en cuenta que ya se está discutiendo en ese acuerdo organizacional. Con esos argumentos dejó por sentado los alegatos del recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Muchas gracias su señorita».

contrato de trabajo a término fijo, desde el 14 de febrero de 2018 hasta el 21 de octubre de 2018, el cual terminó de forma unilateral y voluntaria, devengado como salario \$4.900.000; que se le adeudan 18 días de salario del mes de octubre de 2018, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a pensión correspondiente a los meses abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y los 21 días de octubre del año 2018; adicionalmente, se declare la invalidez del «*acuerdo privado*» suscrito con la demandada el 14 de diciembre de 2018. En consecuencia, se condene al pago de los anteriores conceptos, junto con la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la sanción por el no pago de las cesantías, art. 99, ley 50 de 1990; a lo extra y ultra petita, la corrección monetaria, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se accedió a declararse la existencia del contrato de trabajo en los extremos solicitados y el salario indicado; declarando a su vez, la invalidez del acuerdo transaccional de fecha 14 de diciembre de 2018. Condenó a PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A. a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado, así como 21 días de salario del mes de octubre de 2018, los aportes para pensión, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, para el periodo comprendido entre el 1° de abril y el 21 de octubre de 2018. Autorizó a la demandada a descontar la suma de \$6.485.450 por concepto de prestaciones sociales pagadas al actor; declaró probada la excepción de buena fe y no probadas los demás medios exceptivos. Lo anterior tras considerar, de una parte, que no era posible declarar probada la excepción de cosa juzgada toda vez que la transacción versó sobre derechos ciertos e irrenunciables, como eran las prestaciones sociales del actor causadas con ocasión del contrato de trabajo celebrado y no discutido en el proceso, y de otra no se demostró el pago total del salario correspondiente a los 21 días del mes de octubre de 2018, así como las prestaciones sociales y demás acreencias derivadas de la contratación, incluidos los aportes a pensión, como quiera que solo efectuó el pago por los meses de febrero y marzo 2018. No obstante, encontró que la demandada con ocasión al acuerdo transaccional suscrito y conforme lo confesado en interrogatorio parte, se hicieron unos pagos al actor por valor de \$6.485.450, de ahí que era procedente descontarlo de las sumas adeudadas. Respecto al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, indicó, que el incumplimiento de la accionada en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas, no obedeció al interés indebido de aquella para burlar los derechos mínimos del trabajador, sino que, por el contrario, se circunscribió a la grave crisis económicas de la empresa, que tuvo su inicio antes

de su admisión formal al proceso de reorganización empresarial en el año 2020. De ahí que, al no encontrar prueba dentro del proceso que demuestre lo contrario, negó tal pretensión sancionatoria, al no evidenciar mala fe en la conducta de la accionada y en todo caso, esta tuvo la disposición y ánimo en su momento, de efectuar los pagos de las sumas adeudadas, a través de cuotas, de acuerdo con el acta de transacción allegada, cumpliendo con el pago de dos de las tres cuotas pactadas, donde el actor también reconoció al suscribirla, que la demanda se encontraba en una difícil situación económica.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por el recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien no controvertió la existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda y la providencia recurrida. Al igual que el salario devengado.

Pues bien, para abordar el estudio de la controversia puesta a consideración en esta instancia, iniciará la Sala pronunciándose respecto de la excepción de cosa juzgada, la cual fundó la encartada en el acuerdo suscrito por las partes, aduciendo, a través del mismo donde quedaron cobijadas todas las pretensiones que acá se incoan, pues aparte de la liquidación a la que tenía derecho el empleado, quedó contemplado que las partes renunciaban a cualquier pretensión, presente o futura, que se tenga o se crea tener, respecto a la relación laboral que los unió y subsanaban todo litigio de origen laboral; acuerdo en el cual, se reconoció al demandante «a título de reconocimiento por los servicios prestados a la empresa durante la vigencia de la relación laboral», la suma de \$9.728.174, a pagarse en tres cuotas, a partir del mes de diciembre de 2018 y enero de 2019 (pág. 41 a 43, ib.).

En ese orden, para el caso de autos precisar, el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha señalado

---

<sup>3</sup> Sentencia del Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Subsección "C", Consejera Ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, de 18 de enero de dos mil doce (2012):

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

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

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

como elementos de la transacción contenida en el Código Civil en su artículo 2469 y siguientes<sup>4</sup>:

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

De igual forma, debe destacarse, la transacción es válida en materia laboral siempre y cuando no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles, de conformidad con el artículo 15 del CST<sup>5</sup>.

De igual modo, resulta importante recordar que el legislador previó en el artículo 13 del CST, que «*las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo*», mientras que en el artículo 14 ibidem, prescribe «*las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley*».

En ese orden de ideas, la Sala de Casación Laboral de la h. Corte Suprema de

---

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

"Según el art. 2469 del C.C. "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual." Como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, para su formación se requieren los siguientes presupuestos: a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho. b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado. c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen. El criterio ampliamente aceptado ha sido que "para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee la fórmula *res litigiosa et dubia*." En desarrollo del inciso 4 del artículo 116 de la Constitución, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas "por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación." (arts. 70 y 71), pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual. De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función. De conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo. En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción. Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos. En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, "no está permitido transigir sobre materias de orden público"; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas. Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad".

<sup>4</sup> ARTICULO 2469. DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

<sup>5</sup> ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SL4066-2021, reiterada en la CSJ SL2241-2022, ha explicado que «*tratándose de derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad, de modo tal que la conciliación o su transacción sólo resultan admisibles respecto de derechos inciertos y discutibles, tal como lo prevé el artículo 15 del CST*».

Precisando la Alta Corporación, se predicen como derechos ciertos, reales e innegables, aquellos frente a los cuales «*no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad*», siendo indiscutibles, si se tiene convicción sobre «*la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento*» (CSJ SL, 8 jun. 2011, rad. 35157, CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332, reiteradas en CSJ SL4291-2019 y la CSJ SL2241-2022).

Bajo tales premisas, descendiendo al estudio del elenco probatorio, se tiene que al plenario se allegó por las partes copia del «*ACUERDO PRIVADO SUSCRITO ENTRE ERWIN GALLO ACUÑA Y LA SOCIEDAD PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBIL Y S.A.*», (págs. 41 a 43 y 192 a 194, ib.), en la que se pactó:

«[...]

#### **ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES**

1. *El pasado 14 de febrero del año dos mil diez y ocho, la sociedad PROYECTOS INMOBILIARIOS PROMOBILY S.A. a través de contrato laboral adquirió los servicios profesionales de ERWIN GALLO ACUÑA como Arquitecto.*
2. *Que ERWIN GALLO ACUÑA se desvincula con fecha 21 de octubre de 2018.*
3. *Que EL TRABAJADOR comprende que EL EMPLEADOR está atravesando una compleja situación económica que ha generado dificultades en el flujo de dinero, pero que es claro su interés en efectuar el pago de lo debido con prelación.*
4. *Por lo anteriormente expuesto, las partes deciden suscribir el presente acuerdo privado, el cual se regirá por las cláusulas que a continuación se exponen, previas las anteriores consideraciones que son vinculantes y servirán como base de interpretación del presente acuerdo, así:*

#### **CLÁUSULAS**

**CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL ACUERDO:** *El presente acuerdo tiene por objeto convenir el pago de las siguientes sumas debidas por EL EMPLEADOR a EL TRABAJADOR a título de reconocimiento por los servicios prestados a la empresa durante la vigencia de la relación laboral:*

**Liquidación prestaciones \$ 9.728.174.00**

**CLÁUSULA SEGUNDA.-** *Las partes manifiestan que éste documento es una manifestación de voluntad realizada, en forma libre y espontánea y que son legalmente*

capaces, tienen plenas facultades y están firmando el presente documento de conformidad con los requerimientos y requisitos que la ley colombiana exige.

**CLAUSULA TERCERA.- FORMA DE PAGO: EL EMPLEADOR**, se compromete a pagar el valor determinado en la cláusula primera del presente acuerdo de la siguiente forma:

- Tres pagos iguales mensuales de \$3.242.725 (tres millones doscientos cuarenta y dos mil setecientos veinticinco pesos m/cte) a partir del mes de diciembre de 2018 hasta febrero de 2019.

**CLAUSULA CUARTA.-** Con el presente acuerdo las partes subsanan todo litigio de origen laboral, por lo que EL EMPLEADOR, se encuentra a paz y salvo con EL TRABAJADOR, respecto a la liquidación del contrato laboral y cualquier otro derecho sujeto de transacción.

**CLAUSULA QUINTA:** Las partes renuncian a cualquier pretensión, presente o futura, que se tenga o se crea tener, respecto a la relación laboral que las unió exceptuando lo pactado en las cláusulas de confidencialidad, propiedad industrial y derechos de autor.

**CLÁUSULA SÉXTA.-** Las partes acuerdan que el presente acuerdo de pago con efectos de transacción laboral tiene mérito ejecutivo para la exigencia de las obligaciones aquí estipuladas tanto para **EL EMPLEADOR** como para **EL TRABAJADOR**» (Negrilla y subrayas de la Sala).

Del anterior documento, encuentra la Sala, de entrada, que dicho contrato transaccional no puede tener validez ni efectos de cosa juzgada, pues es claro que lo que allí se dispuso «transar» abarcó derechos ciertos e indiscutibles, que se causaron con ocasión del contrato de trabajo, incluidos aportes a pensión, evidentemente derivados de «los servicios prestados a la empresa durante la vigencia de la relación laboral», como se plasmó en dicho acuerdo, se itera, tales emolumentos que no se discute eran adeudados por la sociedad accionada, se categorizan como derechos ciertos e indiscutibles, de este modo, cuando se encuentran causados, no son susceptibles de ser transables ni conciliables.

Así lo estimó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL4575-2020, al señalar:

*“[...] esta corporación es clara al sostener que la autonomía de las partes tiene límites, en tanto los principios legales y constitucionales proscriben la posibilidad de renunciar a beneficios mínimos laborales, tal como lo adoctrinó en sentencia CSJ SL4525 -2018 cuando dijo:*

*En los referidos preceptos legales, en armonía con el artículo 53 de la CN, se encuentra el fundamento normativo del llamado «orden público laboral», el cual conforme se estableció en sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 39601, se refiere a las normas necesarias para la convivencia y el disfrute efectivo de los derechos dentro del Estado, y está conformado por normas constitucionales y legales imperativas y coercitivas, que rigen en el ámbito de las relaciones de trabajo, constituyendo «una limitante al principio de la libertad contractual, pues se configura por preceptos que el Estado ha erigido como guardianes de principios vitales de la sociedad, no renunciables ni*

susceptibles de ser modificados o derogados por las partes, salvo –como lo afirma la norma últimamente citada- “los casos expresamente exceptuados por la ley”, so pena de ineficacia», de allí que en materia del derecho al trabajo y de la seguridad social, las normas de orden público establecen aquellos derechos mínimos que limitan la autonomía de la voluntad, irradiando así el espíritu eminentemente tuitivo del derecho laboral, de proteger prevalentemente a los trabajadores. **Partiendo de las anteriores premisas, la Corte ha establecido que tratándose de derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos contemplados en los artículos 14 del CST, 3° de la Ley 100 de 1993 y 53 de la CN, entre otros, de modo tal que la conciliación solo resulta admisible respecto de derechos inciertos y discutibles, tal como lo prevé el artículo 15 del CST. (...)**

(...)

Aunque pudiera decirse que la dicha regla general está referida a la irrenunciabilidad de los derechos cuya fuente es la ley, abriendo la muy discutible posibilidad de la renuncia a los derechos laborales originados en otra fuente, **una tal apreciación pierde firmeza ante el artículo 15 del CST, porque un derecho causado, uno que está ya en el patrimonio del trabajador, no admite negociación alguna, y porque la dicha norma solo permite la renuncia, a través de la transacción, cuando de derechos inciertos y discutibles se trata; como también lo dice la norma sobre conciliación.**

(...)

A su turno, en sentencia CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 32051; la Corte recordó lo siguiente:[...] esta Sala de la Corte ha explicado que ‘... **el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra.** Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales’ (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)’.

Atendiendo tales premisas, al margen de que en el aludido acuerdo, el demandante hubiera manifestado que la demandada se encontraba a paz y salvo frente a la reclamación de la liquidación del contrato laboral, lo cual también se irradia a los aportes a la seguridad social, ello no puede tener los efectos de cosa juzgada pretendidos por la recurrente; pero además, estudiado el contenido de la convenio para esta Colegiatura es nulo de pleno derecho, en la medida que versa sobre un objeto ilícito, como quiera que falta a una de las características de la transacción, quizá la principal y es que no hay reciprocidad alguna de concesiones o de

sacrificios por parte de cada una de los contratantes que «es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento». En efecto, conforme lo señala el artículo 2469 del Código Civil «No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa», lo cual ocurre en el caso de marras, dado que únicamente la parte débil de la relación laboral es la que renuncia a reclamar cualquier derecho, a cambio de nada.

Sumado a lo anterior, con relación a la liquidación de prestaciones sociales referenciada en la alzada, para indicar que hacía parte del acuerdo, especialmente el valor acordado, es menester traerla a colación (pág. 189, ib.):

LIQUIDACIÓN Y DEVENGOS					
ITEM	FECHAS		CANTIDAD	BASE	DEVENGADOS
	DD/MM/AAAA	DD/MM/AAAA			
P01 - Sueldo Básico			168.0 - H		3.430.000
P41 - Vacaciones	14/02/2018	21/10/2018	9.3333 - D	163.333	1.524.439
P43 - Prima Legal	01/07/2018	21/10/2018	9.2500 - D	163.333	1.510.833
P46 - Cesantías Fondo Nal del A	14/02/2018	21/10/2018	20.8667 - D	163.333	3.375.556
P48 - Intereses a las Cesantías	14/02/2018	21/10/2018	20.8667 - D	163.333	279.046
			TOTAL DEVENGADO		10.119.874
ITEM	FECHAS				DEDUCIDOS
	DD/MM/AAAA	DD/MM/AAAA			
D01 - Salud EPS SURA					-137.200
D02 - Pensión COLPENSIONES					-137.200
D03 - Fondo de Solidaridad Pensional COLPENSIONES					-34.300
D07 - Retención en la Fuente					-83.000
			TOTAL DEDUCIDO		-391.700
VALOR NETO A PAGAR: 9.728.174					
SON: NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS MCTE					

De la misma, contrastada con el acuerdo, se extrae que la suma de \$9.728.174 pactada como valor a «transar», corresponde efectivamente a los salarios adeudados por 21 días, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, descontándose además, lo relativo a los aportes a seguridad social integral y fondo de solidaridad, circunstancias, que antes de darle validez al acto de transacción, se lo resta, por cuanto se sustrajo del mismo lo relativo a los aportes a pensión y confirma que en efecto lo transado corresponde a los derechos sociales causados del ex trabajador. Pero en todo caso, lo que en realidad puede extraerse de estos medios de prueba, no es otra cosa que convenir un acuerdo de pago de las acreencias derivadas de la relación laboral. Con lo cual a ese instrumento no podía dársele el alcance de una transacción y, por ende, no hay lugar a declarar probada la excepción, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado.

Ahora bien, en lo que toca al pago de **la indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., 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).*

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También de tiempo atrás la Alta Corporación ha sentado que la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales, así se ha reiterado entre otras muchas, en las CSJ SL912-2013, CSJ SL3719-2022, CSJ SL3356-2022, CSJ SL2756-2022 y CSJ SL845-2021, en esta última la Sala de Casación recordó:

*«Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, **dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.***

*Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.*

*Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil **estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás**. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente» (Negrillas de la Sala).*

En el caso debatido surge que los argumentos que destacó la juez *a quo*, inicialmente, para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, más aún, cuando estaba obligada a cumplir con las obligaciones contraídas con su ex trabajador, lo que, incluso intentó transigir y también incumplió.

En todo caso, era su obligación actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para el trabajador, a quien no le puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como se dejó sentado en la jurisprudencia atrás citada.

En ese sentido, le asiste razón a la recurrente por activa, parcialmente, en torno a al hecho de haberse analizado la conducta de la empleadora teniendo en cuenta la crisis económica de esta; no obstante, ese no fue el único argumento de la operadora judicial para absolver de dicha sanción, pues consideró no había mala fe en la conducta de la accionada por haber tenido la disposición y ánimo en su momento, de efectuar los pagos de las sumas adeudadas, a través de cuotas, según el acta de transacción allegada, de las cuales cumplió dos de las tres cuotas pactadas, a más de que el actor también reconocía que la demanda se encontraba en una difícil situación económica.

Así pues, contrario a lo esgrimido por la *a quo*, para la Sala no resultan admisibles, ni atendibles tales argumentos, pues no permiten deducir la buena fe, pues en el plenario no aparece de modo alguno justificable el incumplimiento en la cancelación de acreencias laborales a favor del promotor del proceso por las dificultades presupuestales que pudiera afrontar dicho empleador, máxime, cuando el proceso de reorganización empresarial aludido, sólo vino a ocurrir en el mes de abril del año

2020, casi un año y seis meses después de haber finiquitado el contrato de trabajo, incluso, tampoco aparecen demostrada razón alguna por la cual la empresa, dando alcance al acuerdo transacción que en todo caso se tuvo por invalido en la presente causa, no dio cabal cumplimiento a los pagos allí pactados.

De modo que, tal como lo consideró la Sala de Casación Laboran en sentencia CSJ SL1885-2021, «*Dista la conducta de la demandada de un proceder ajustado a la buena fe que la ley demanda de los contratantes y que exige al empleador que, sin dilaciones ni excusas, responda a sus deberes contractuales en la oportunidad debida y en las sumas que con suficiencia paguen las obligaciones dinerarias resultantes del vínculo que ató a las partes*». Por tanto, contrario a lo concluido en primera instancia, no se aviene a una conducta provista de buena fe y por tanto, se revocará este puntual aspecto de la sentencia, habiendo lugar a la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

En esas circunstancias, habrá de condenarse a la convocada a juicio al pago de la indemnización moratoria, **la cual en principio**, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T. se cancela a razón de un día de salario por día de retardo a partir del día siguiente a la finalización del vínculo contractual acaecido el 21 de junio 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), además, la demanda se interpuso dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo (20/02/2020, pág. 85, ib.).

Sin embargo, es oportuno recordar, que conforme se desprende del Certificado de Existencia y Representación Legal, mediante auto No. 460-003244 del 06 de abril de 2020 la Superintendencia de Sociedades en virtud la Ley 1116 de 2006 ordenó la admisión al proceso de reorganización de la sociedad aquí demandada y, en esa medida, a juicio de esta Sala de decisión, es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición de la decisión en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de la libre disposición de recursos, según se deduce del artículo 17 de dicha normatividad. Así lo ha entendido la Alta Corporación, precisando que desde ese momento, el agente estatal desplaza al empleador y entra a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pueda a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los

acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014, reiterada en la CSJ SL1595-2020).

Por lo anterior, a partir de la expedición de dicho auto, sí surgió una justificación legal que impidió el pago, por lo tanto, se limitará dicha sanción hasta la expedición de la Resolución en comento, esto es, **06 de abril de 2020**.

En esa medida, se limitará el pago de la sanción moratoria hasta la aludida fecha, en la cual, se itera, la demandada se encontró en una imposibilidad de cancelar las acreencias adeudadas al actor y bajo tal entendido, la sanción moratoria se condenará entre el 22 de octubre de 2018 y el 06 de abril de 2020.

Así las cosas, es fácil advertir que procede la indemnización de un día de salario, correspondiente a \$163.333 diarios, que resulta del salario del año 2018, \$4.900.000, lo que se traduce en una condena a la demandada, entre el 22 de octubre de 2018 y el 06 de abril de 2020 (525 días), de **\$85.750.000** así:

$$\$4.900.000 / 30 = \$163.333 \times 525 \text{ días} = \$85.750.000$$

Ahora bien, desde el 07 de abril de 2020 y, hasta cuando se verifique su pago, se debe la indexación de la suma adeudada por sanción moratoria, para evitar el deterioro económico que se produce por el transcurso del tiempo, tal como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL194-2019, reiterada en la SL3720-2022. Asimismo, debe revocarse en consecuencia la indexación dada en primera instancia respecto a las demás por concepto de prestaciones sociales, salvo la compensación de vacaciones que no tiene la calidad de prestación social.

En lo que corresponde a solicitud de absolver de la condena impartida por concepto de aportes a pensión ordenados, en razón a que estos ya se están estudiando en el acuerdo o en la restructuración organizacional, basta con decir, tal circunstancia además de no haber sido objeto de litigio, no fue discutido ni probado en el plenario; y en todo caso, tampoco le restaría competencia a esta jurisdicción para pronunciarse sobre tal derecho, pues se demostró en el plenario el no pago de aportes a pensión por los meses de abril a octubre de 2018, circunstancia que apareja el pago de los mismos en los términos indicados en primera instancia, sin que haya sido objeto de alzada.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá modificarse la sentencia de primer grado en su numeral quinto, para declarar no probada la excepción de buena fe y adicionarla para condenar al pago de la sanción moratoria.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

### RESUELVE

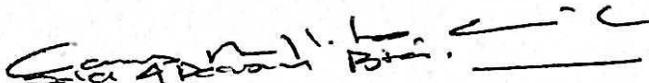
**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** los **ORDINALES SEGUNTO Y QUINTO** de la sentencia de primera instancia, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de buena fe y revocar la indexación ordenada respecto de salarios y prestaciones sociales y, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al señor **ERWIN GALLO ACUÑA**, la suma de **\$85.750.000**, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 22 de octubre de 2018 hasta el 06 de abril de 2020. Suma que deberá indexarse al momento del pago. Todo lo anterior, según lo considerado en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la decisión en todo lo demás.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE IVÁN PULIDO  
CORONADO CONTRA CUEROS Y DISEÑOS S.A.S. (RAD. 24 2020 00237 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de junio del 2022, en la que se resolvió (Audio archivo 16, récord: 42:44):

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor JORGE IVÁN PULIDO CORONADO y la demandada CUEROS Y DISEÑOS S.A.S, existieron cinco contratos a saber así, el primero del 1° de octubre de 2002 al 23 de diciembre de 2009, el segundo del 5 de abril de 2010 al 23 de diciembre de 2010, el tercero del 11 de enero de 2011 al 20 de marzo 2013, el cuarto del 25 de junio de 2013 al 23 de diciembre de 2015 y el quinto y último del 18 de enero de 2016 al 29 de noviembre 2019, en virtud de los cuales desarrolló el cargo de oficios varios, devengando como remuneración una suma igual al salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada CUEROS Y DISEÑOS S.A.S a reconocer y pagar a favor del demandante señor JORGE IVÁN PULIDO CORONADO las siguientes sumas por los conceptos que se relacionan así:*

- \$2.004.015 por concepto de la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.
- \$25.064.310 por concepto de indemnización moratoria, de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

***TERCERO: SOLICITAR** a la Dirección Ejecutiva-Depósitos Judiciales que ponga a disposición de este Juzgado con destino al presente proceso, el título judicial, resultante de la conversión del depósito judicial número 400100007567846 por valor*

*de \$1.678.812, consignado por la demandada CUEROS Y DISEÑOS S.A.S a favor del demandante señor JORGE IVÁN PULIDO CORONADO, cumplido lo anterior, se dispone la entrega del mencionado deposito judicial al demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, por secretaría líbrense las comunicaciones de rigor una vez se encuentre en firme la presente decisión.*

**CUARTO: DECLARAR** no probados los hechos sustentó de las excepciones propuestas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada CUEROS Y DISEÑOS S.A.S, líquidense por secretaría incluyendo en ellas la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes como valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la pasiva interpuso recurso de apelación en primer lugar respecto de la indemnización por despido sin justa causa, expresa dentro del presente proceso se encuentra probada la justa causa de la terminación del contrato pues el demandante al absolver el interrogatorio de parte confesó que entre sus funciones asignadas verbalmente se encontraba la del manejo del dinero, que él era el responsable del dinero y era la función que la empresa le había asignado, por lo que no existe duda alguna de que el manejo y custodia de los dineros entregados por los clientes era una función del demandante, acreditándose de esa manera la justa causa invocada.

En cuanto a la indemnización moratoria, señaló su inconformidad frente a dicha condena toda vez que la buena fe de la sociedad es evidente en el presente proceso, indicando haber aportado la prueba respecto de que al demandante se le esperó para hacerle el pago de sus prestaciones sociales y de su liquidación definitiva, lo cual fue comunicado en distintas oportunidades para que se acercara y que una vez se evidenció que el demandante no se había acercado la demandada procedió a consignar las prestaciones sociales del demandante a órdenes de un juzgado como lo ordena la norma, advirtiendo las situaciones que hayan sucedido no implican o no pueden tenerse como una mala fe de la demandada ya que no puede imponérsele una carga adicional en tanto fue diligente en cumplir lo que dice la norma.

Aduce que se impone condena de la indemnización moratoria hasta la fecha de la presente sentencia, cuando pues es claro que las prestaciones sociales fueron consignadas años atrás y no puede seguirse contando un tiempo en el que ya se cumplió con el deber legal y el demandante está plenamente informado de ello (Audio archivo 16, récord: 45:04<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Gracias su señoría de manera respetuosa interpongo el correspondiente recurso de apelación en contra de la decisión que se me acaba de notificar con el fin de que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se sirvan revocar parcialmente la sentencia en los siguientes aspectos:

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 IVAN PULIDO CORONADO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (Archivo 3 expediente digital, págs. 8 y 9), los cuales encuentran sustento en los hechos descritos en el libelo (págs. 3 a 8 ibidem) solicitando se declare la existencia de un solo contrato de trabajo sin solución de continuidad desarrollado desde el 1 de octubre del 2002 al 24 de noviembre del 2019, el cual termino sin justa causa por parte de la demandada, en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria por no haberse cancelado a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidas. Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus**

---

En primer lugar, solicitó se revoque la decisión de condenar a la indemnización por terminación sin justa causa a la sociedad que represento, toda vez que contrario y lo digo de manera respetuosa, contrario a lo decidido por la señora Juez de primera instancia, es claro que se encuentra probada la justa causa de terminación del contrato, contrario a lo manifestado por la señora Juez a quo, el demandante expresamente al absolver el interrogatorio de parte confesó que entre sus funciones asignadas verbalmente se encontraba la del manejo del dinero, que él era el responsable del dinero, era la función que la empresa le había asignado, así las cosas no obsta que no se encuentre tal función en el contrato de trabajo si la empresa de manera expresa así la asignó al demandante y esa función fue cumplida por el demandante de manera continua durante todas las relaciones laborales como él expresamente lo confesó, así las cosas no existe duda alguna de que el manejo y custodia de los dineros entregados por los clientes era una función del demandante, lo anterior la decisión de tener de no tener por probada esa función del demandante deviene de una indebida valoración de la prueba y prueba calificada como es la confesión.

Así las cosas, de manera respetuosa solicitó se revoque tal indemnización, toda vez que se encuentra plenamente acreditado con la prueba testimonial y la prueba documental traída al proceso la cual no fue tachada ni desconocida, los testimonios de las personas en la diligencia de descargos, respecto de la justa causa alegada por la sociedad que represento al momento de la terminación del contrato.

En segundo lugar solicitó se revoque la condena impuesta en cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65, toda vez que la buena fe de la sociedad que represento es evidente en el presente proceso, se trajo prueba respecto de que al demandante se le esperó para hacerle el pago de sus prestaciones sociales de su liquidación definitiva, que fue comunicado en distintas oportunidades para que se acercara y que una vez se evidenció que el demandante no se había acercado, la sociedad que representa procedió a consignar las prestaciones sociales del demandante a órdenes de un juzgado como lo ordena la norma, las situaciones que hayan sucedido no implican o no pueden tenerse como una mala fe de la sociedad que represento, no puede imponérsele una carga adicional a la sociedad que represento, pues como empleador fue diligente en cumplir lo que dice la norma en consignar las prestaciones sociales a órdenes de un despacho judicial y cumplir así demostrando su buena fe, pues se consignó lo que confesó adeudar, así las cosas no puede contabilizarse una indemnización moratoria cuando la sociedad que represento cumplió con lo ordenado por la ley y también debe tenerse en cuenta que se impone una condena de la indemnización moratoria hasta la fecha de la presente sentencia, cuando pues es claro que las prestaciones sociales fueron consignadas años atrás, que la contestación de la demanda con todos los soportes se presentó también hace más de un año, así las cosas no pueden seguirse contando un tiempo en el que ya se cumplió con el deber legal en el que el demandante está plenamente informado, toda vez que la sociedad que represento con su actuar demuestra una buena fe, no puede presumirse o no puede declararse una mala fe por situaciones que la ley no consagra, tal situación implica presumir la mala fe violentando así el principio constitucional de la presunción de buena fe.

Por todo lo anterior, solicitó se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de notificar absolviendo a la sociedad que represento de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en estos términos dejó sustentada la apelación, muchas gracias su señoría.

**aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de 5 contratos de trabajo, ante la falta de prueba por parte del demandante de una prestación del servicio continua y sin interrupciones, condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa tras considerar que la demandada no acreditó la justa causa alegada pues no probó cuales eran las funciones a desarrollar por el demandante y si éste no podía entregar dineros a los conductores de la empresa, igualmente dispuso el pago de la indemnización moratorio al no advertir buena fe en el actuar de la pasiva por la dilación en la entrega del depósito judicial, no se justifica frente a ello ni informa lo sucedido, liquidando la sanción hasta la fecha de la sentencia.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, 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, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, que no fue motivo de controversia que entre las partes existieron varios contratos de trabajo con extremos temporales del 1° de octubre de 2002 al 23 de diciembre de 2009, del 5 de abril de 2010 al 23 de diciembre de 2010, del 11 de enero de 2011 al 20 de marzo 2013, del 25 de junio de 2013 al 23 de diciembre de 2015 y del 18 de enero de 2016 al 29 de noviembre 2019, devengando un salario mínimo y en el cargo de oficios varios, pues así fue definido por la Juez de primer grado sin que ello fuera objeto de reproche.

En ese orden y teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, se definirá como problema jurídico que debe desatar esta Sala, el: i) Si la terminación del contrato de trabajo del demandante, acaecida el 29 de noviembre del 2019, estuvo precedida de una justa causa y ii) si le asiste razón al a quo respecto a la interpretación que tomó en cuenta para condenar a la sanción de que trata el art. 65 del CST.

En ese sentido, procede la sala a determinar si el despido del actor se soportó en una justa causa y para ello conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en

aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa<sup>2</sup>.

De tal suerte, como se anunció al inicio de este proveído, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 29 de noviembre del 2019 (Archivo 3 expediente digital, pág. 5) así:

El Retiro ,29 de noviembre de 2019

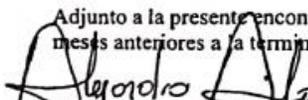
Señor  
Jorge Pulido

Por medio de la presente le comunico, que la empresa analizados sus descargos y las pruebas testimoniales recopiladas con la ocasión de los faltantes de dinero las entregas realizadas de los días 18, 19 de octubre del año en curso, a decidió dar por terminado, con justa causa, su contrato de trabajo a partir del día de hoy; decisión que su fundamenta con las razones de hecho y derecho:

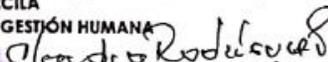
1. La persona encargada de velar por el manejo y protección de los dineros de la empresa en la galería de Bogota y antes de la entrega de estos a la administradora es usted.
2. En el caso analizado como se demostró, incluso por confección suya, los dineros le fueron entregados.
3. Como usted lo manifiesta, a pesar de haber recibido varios dineros, no los entrego a quien correspondía y lo que es peor se lo entrego a emmiller quien no es la persona responsable de ello, poniendo en riesgo los recursos de la empresa e incumpliendo gravemente con sus obligaciones  
Su conducta causo un grave perjuicio económico para la empresa, y por ende esta no se puede tolerar más aun cuando lo hizo en contravía de las directrices de la empresa.
4. Pero como si lo anterior no fuera suficiente usted dentro del trámite del proceso disciplinario asumió una serie de conductas que por sí mismas estas serian justas causas de terminación de contrato ; efectivamente , sin pruebas algunas le imputo la comisión de la conducta a sus otros compañeros de trabajo y evadió la citación que en debida forma se le efectuara para rendir descargos, aduciendo un sin número de falaces que posteriormente fueron comprobadas con los testimonios que se pudieron que practicar para esclarecer las circunstancias que usted planteaba

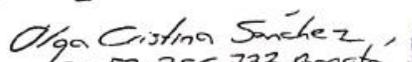
En este orden de ideas la perdida de dinero de la empresa, la negativa a concurrir a la diligencia de descargos y las múltiples inconsistencias de sus dichos con la de sus testigos constituyen las razones por las cuales la empresa a decidió dar por terminado su contrato de trabajo a partir de la fecha.

Adjunto a la presente encontrará los comprobantes de pago a la seguridad social de los tres últimos meses anteriores a la terminación

  
ALEJANDRA ARCILA  
DIRECTORA DE GESTIÓN HUMANA

Se negó a firmar  
Firmen o ruego

  
Alejandro Rodríguez  
C.C. 31548298 B15

  
Olga Cristina Sánchez  
C.C. 52.256.733 Bogotá

<sup>2</sup> Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado SL-3482 de 2021 Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo *“(…) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos.”*

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así las cosas, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, en la diligencia de descargos rendida por JORGE IVAN PULIDO CORONADO el 30 de octubre del 2019 (Archivo 3 expediente digital págs. 69 a 71), éste señaló:

**¿Qué fue lo que sucedió con los faltantes de dinero de los días 18,19 octubre en las entregas realizadas a los clientes?**

Respuesta : yo soy el que manejo la plata el tiempo que llevo he manejado cantidades de dinero , no me la puedo llevar para la casa porque que uno no sabe qué puede pasar en la calle , ese día terminamos el ultimo pedido le dije a emmiller le voy a dejar esa plata le deje \$7.970.000 no le deje las monedas porque todas las facturas sumaban más de este valor porque hay unas que estaban en vouchers , le dije a emmiller le voy a contar la plata , y el me dice déjala así que yo confié en usted, yo si le dije no emmiller lo mejor es contarla y el ayudante (coter) dijo que la contáramos y el mismo ayudante le envió un audio al celular diciéndole el valor el que yo le dejaba para que luego no hubieran problemas , entonces la contamos 3 veces yo le conté 2 veces luego él , la verdad no sé cómo la plata se perdió yo se la deje con 2 cauchos se la deje presionado ningún billete se tenía por qué mover para nada , entonces al otro día cuando nos encontramos nos quedaban haciendo dos entregas antes de ir al almacén , cuando nos encontramos el me entrega la plata tal cual como yo se la entregue con los cauchos , de ahí vamos y le entregamos los pedidos que nos faltaban en la segunda entrega el señor pago con tarjeta de crédito ese día no maneje dinero , no toque para nada esa plata el efectivo era lo del día anterior llegamos al almacén a mí me toca entregar las facturas a la señora Claudia , ella me dice que son \$7.971.0000 no me acuerdo bien , cuando ella la cuenta y ella me dice Jorge aquí hacen falta \$800.000 volví a contar y pues precisamente hacía falta esta , me devuelvo para el camión que emmiller estaba en la calle al frente de la tienda y le pregunto emmiller cuanto fue que le di a guardar , y él me dice \$7.970.0000 le dije falta \$800.000 y él busca en la cabina y en el maletín de él, y pues le dije hermano que paso con esa plata , le pregunte que si en algún momento se tuvo que bajar del camión entonces él me dice que ayer la conto en el colchón de la habitación yo le dije para que la volvió a sacar si ya la habíamos contado tres veces ,entonces el dijo que volvió a sacarla la plata para el combustible , el valor que dan son \$80.000 yo le pregunte a el que de pronto cuando saco para gasolina , pero no tiene lógica porque fueron \$800.000 que se perdieron exactos que hicieron falta , emmiller me dice que sí y el los boto yo los pago pero seguramente se me perdieron y pues él dijo yo hablo con Sandra soto yo le dije esa no es la idea , no sé qué paso si estaba envueltos en dos cauchos y de perderse todo , y nunca me había pasado esto he manejado cantidades de dinero.

De la misma manera en el interrogatorio de parte absuelto en audiencia del 3 de mayo del 2022 (Audio Archivo 14 expediente digital, récord: 1:23:16) manifestó respecto de las funciones que tenía a cargo al interior de la empresa demandada, que si bien en el contrato no se estableció que era el encargado de manejar dinero, confiesa que tal orden se la dieron de manera verbal y por ende era el responsable de ello, aduciendo que siempre debía entregarla antes de las 7pm pero como el día

de los hechos no alcanzó se la dio a un conductor previo conteo de la suma, lo cual fue establecido en su dicho por la señora “Esperanza la administradora (q.e.p.d)” refiriendo que al día siguiente cuando dicho conductor le entregó el dinero no conto la suma dada y se la entregó así a la administradora, quien advirtió el faltante de los \$800.000, sin saber el accionante que fue lo que ocurrió.

La testigo ALEJANDRA ARCILA OCAMPO<sup>3</sup> Jefe de Recursos Humanos de la sociedad demandada desde el año 2016, quien llevó a cabo el proceso disciplinario del actor por dicha situación, indicó que el demandante ocupaba el cargo de oficios varios, manejando todos los dineros que recibía de los clientes, visitaba los clientes, y hacía arreglos locativos en la tienda, por ende para el día 18 de octubre como responsable del dinero que recibía, debía entregarlo a la administradora, lo cual no ocurrió pues existió un faltante de \$800.000, manifestando que el demandante en su defensa les indicó que el dinero había sido entregado de manera completa al conductor de la sociedad, no obstante señala la deponente dicha persona no era la responsable de ese dinero.

Así las cosas, analizadas las mencionadas pruebas para esta Sala de decisión contrario a lo concluido por la Juez de primer grado, se tiene que aun cuando no obren por escrito las funciones concretas del demandante en el desarrollo de su contrato de trabajo, lo cierto es que el promotor de la litis si acepto tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte absuelto dentro del presente litigio que dentro de sus funciones estaba la del recaudo del dinero y la entrega del mismo a la administradora de la tienda, por ende como se vio era su deber dar cumplimiento a ello, no obstante ello no se cumplió pues en la entrega del dinero del 18 de octubre del 2019 hubo un faltante de \$800.000, precisándose si bien expone en su defensa el actor que el dinero fue entregado de manera completa al conductor de la empresa, de quien por demás se desconoce su versión.

De cara a lo anterior conviene señalar que en el proceso el demandante no logró acreditar que cuando se recaudara el dinero luego de una hora en específico se debía entregar al conductor de la empresa, que fue lo que según se versión ocurrió, y en todo caso como ya se dijo la persona responsable del dinero de la sociedad era el señor PULIDO CORONADO.

---

<sup>3</sup> Audio Archivo 14 expediente digital, récord: 32:33

Conviene precisar que de lo relatado por el testigo CRISTIAN DANIEL CORREA LOPEZ<sup>4</sup>, no se desvirtúa la existencia de la justa causa sobre la que se fundó el despido, ni justifica la omisión en que incurrió el demandante en la entrega del dinero recaudado el 18 de octubre del 2019, máxime cuando dicho deponente narró la situación en idénticas expresiones a las relatadas por el accionante en su interrogatorio.

En este orden de ideas, y al evidenciarse que en efecto el señor JORGE IVAN PULIDO CORONADO incumplió las funciones de su cargo, pues entregó de manera incompleta la suma de dinero recaudada el día 18 de octubre del 2019, debe tenerse en cuenta que en el artículo 60 del Reglamento Interno de Trabajo (pág. 49 Archivo 1 expediente digital) se establecieron, como prohibiciones a los trabajadores, entre otras las siguientes:

*19. Presentar descuadres de caja en el manejo de efectivo y/o descuadres en los inventarios y no tener una argumentación satisfactoria para la empresa.*

Y a su vez en el artículo 62 **“Se califican como faltas graves, suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo:”** donde se estableció:

*“eee) Cualquier violación del trabajador de las prohibiciones especiales o la omisión en el cumplimiento de las obligaciones especiales del trabajador, desde la primera vez o de sus obligaciones reglamentarias o contractuales.”*

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el sub lite de aceptar el actor haber recibido el dinero de manera completa y ser responsable de su entrega de la misma manera, pero no haberlo cumplido, constituye una negligencia o descuido en su actuar que no se puede justificar en el hecho de haberle dado esa suma de dinero a un conductor de la empresa por orden de un administradora, pues se itera él y nadie más era el responsable de la custodia de ese patrimonio, lo que se traduce en la violación a una de las prohibiciones especiales contempladas en el reglamento interno de la empresa demandada, cuyo actuar fue catalogado como falta grave en el citado estamento.

En ese orden, en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es

---

<sup>4</sup> Audio Archivo 14 expediente digital, récord: 1:44:25

a través del reglamento interno de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, si ya se ha establecido tal carácter en el contrato de trabajo y/o en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida, tal y como acaeció en autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.”*

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio con justa causa, y por ende no resulta procedente proferir condena alguna en favor del demandante. En ese orden, lo que sigue es revocar en este aspecto la sentencia proferida en primera instancia.

Finalmente, en cuanto a la **indemnización moratoria** recurrida en la alzada por la parte demandada, memórese, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que la imposición ni la exoneración de la sanción contenida en el referido artículo 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).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige, no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, «no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada», lo que «impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de

determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo» (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio, se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En ese orden de ideas, se advierte al apelante la notificación o comunicación sobre el depósito de salarios y prestaciones sociales adeudadas, es un paso que debe surtir en el marco del pago por consignación, al cual aluden los artículos 1656 a 1665 del Código Civil, precisando la Alta Corporación, que para que dicho pago pueda tener efectos liberatorios, es obligación del empleador **«notificarle o hacerle saber (al trabajador) de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo»** (criterio expuesto en las sentencias CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 28090, CSJ SL4400-2014, CSJ SL7391-2016, CSJ SL1318-2018 y CSJ SL1167-2020).

Conforme a lo anterior para esta colegiatura no es atendible el argumento planteado por el recurrente en torno a desvanecer la mala fe que encontró probada la juez a quo, en sentido que fue la demandante quien nunca reclamó o se negó a recibir las prestaciones sociales adeudadas, pues al efecto, nada logró demostrar en el plenario, únicamente se limitó a aportar la constancia de depósito judicial que realizó el 31 de enero del 2020 y copia de las solicitudes de conversión del título (páginas 53 a 58 Archivo 6 expediente digital), cuando la finalización del vínculo se dio desde el 29 de noviembre del 2019 (pág. 49 ibidem) sin que se haya demostrado haber puesto en conocimiento del demandante tal circunstancia como lo sostiene en su apelación aspecto que sólo vino a concretarse con la sentencia de primera instancia, en la que se dispuso:

*“**TERCERO: SOLICITAR** a la Dirección Ejecutiva-Depósitos Judiciales que ponga a disposición de este Juzgado con destino al presente proceso, el título judicial, resultante de la conversión del depósito judicial número 400100007567846 por valor de \$1.678.812, consignado por la demandada CUEROS Y DISEÑOS S.A.S a favor del demandante señor JORGE IVÁN PULIDO CORONADO, cumplido lo anterior, se dispone la entrega del mencionado depósito judicial al demandante (...)”*

En se sentido, se itera que no es argumento válido para establecer la buena fe de la demandada, el simple hecho de haber constituido un depósito judicial a favor del actora, pues no existieron actos tendientes a ponerlo en conocimiento de ese hecho y con ello, pudo haberse enmarcado en el terreno de la buena fe, porque como se pudo ver, no basta con que el empleador consigne lo debido, pues es su obligación

notificarle o hacerle saber al trabajador la existencia del título y del juzgado donde puede retirar dicho dinero, de no obrar así, se actúa con mala fe.

Conforme lo discurrido, al no haberse acreditado por parte de la demandada razones sólidas, serias y atendibles para dejar de pagar las prestaciones sociales que se le adeudaban al trabajador, acertó la *a quo* al fulminar condena por concepto de indemnización moratoria liquidada hasta la fecha de la sentencia, pues como se dijo nunca se le comunicó al accionante dicha consignación. Se confirma su condena.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal en los aspectos objeto de apelación, y conforme a lo considerado se revoca parcialmente el fallo de primera instancia y en lo demás se confirmará la decisión del *a quo*.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

#### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** del fallo de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la sociedad CUEROS Y DISEÑOS S.A.S. de la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, de acuerdo a lo considerado.

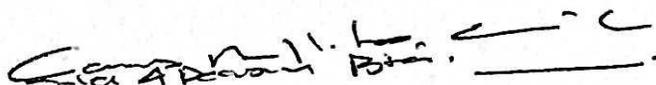
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**



**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA  
CONTRA CHEVRON PETROLEUM COMPANY, NEXARTE SERVICIOS  
TEMPORALES S.A. y como llamada en garantía CHUBB DE COLOMBIA S.A.  
COMPAÑÍA DE SEGUROS (RAD. 26 2021 00187 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte actora y de la demandada NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES SAS, contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de junio de 2022 («015. GRABACIÓN AUDIENCIA FALLO (SN).mp4», récord: 27:32), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante y **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.** existieron dos contratos de trabajo, el primero entre el 26 de julio de 2010 al 15 de junio de 2011 y el segundo del 10 agosto de 2015 al 05 de mayo de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, al pago de la indemnización por despido sin justa causa a favor del aquí demandante **ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA**, condenándose por este concepto la suma de **SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$7.781.670)**.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** y a la **LLAMADA EN GARANTÍA - CHUBB DE COLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE**

*SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, fijándose como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)**».

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte actora y de la demandada NEXARTE S.A., interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente el apoderado de la parte actora, respecto de los numerales 3° y 4° de la sentencia proferida en esta primera instancia, en cuanto no accedió a los extremos temporales del contrato indicados en la demanda desde el año 2010 hasta el año 2016, pues realmente la prestación personal benefició directamente a CHEVRON PETROLEUM COMPANY, donde fungió como intermediaria NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., precisando, más allá del tiempo que haya transcurrido entre una vinculación y la otra, lo establecido por la jurisprudencia era un término guía para establecer cuando hay y cuando no una solución de continuidad, pero lo importante en este caso, era que el actor, todo el tiempo cumplió con el mismo cargo, debiéndose haber aplicado para este asunto la carga dinámica de la prueba, en el sentido que si CHEVRON PETROLEUM COMPANY manifiesta o argumenta que la vinculación especializada que efectuó el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA lo fue siguiéndose a los parámetros establecidos en la Ley 50 de 1990, para este tipo de contratación temporal, debió aportar pruebas suficientes de tales dichos, más aun, cuando tiene dentro de su dominio el control de esta prueba y no basta simplemente con certificar que el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA ocupó cargos de vacaciones, que ocupó vacantes temporales, debiéndose demostrar exactamente qué tipo o que trabajadores en específico entró supuestamente a reemplazar de forma temporal, por causa de que situaciones o circunstancias y especialmente en qué cargos; precisando por el cargo y conocimiento específicos del actor, con las indicaciones o con las condiciones técnicas de formación profesional tan específicas y complejas, no podía estar encaminada a ocupar diferentes cargos temporalmente desocupados, más aun cuando no se aportó por parte de la entidad demandada prueba suficiente que existieran más de un cargo con las mismas condiciones, con las mismas funciones que cumplió el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA y que se encuentran en el contrato de trabajo suscrito por NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A y el mismo contrato de trabajo que todo el tiempo tuvo con CHEVRON PETROLEUM COMPANY durante el periodo anterior a esta última vinculación.

En ese sentido, enfatizó no estar de acuerdo con lo concluido por la a quo, al considerar que hubo ruptura en la prestación del servicio y que la tercerización del año 2015 al año 2016 se efectuó bajo las directrices o bajo las condiciones señaladas en la Ley 50 de 1990, pues ello debió ser demostrado por CHEVRON, que realmente efectuó esta contratación temporal bajo los supuestos que indica, no aportó ninguna prueba concreta específica, más allá de una certificación en la cual no se refiere el lugar de trabajo, ni centro de trabajo en el cual presuntamente se efectuaron estas vacantes temporales. Por tanto, consideró, se debió declarar la existencia de una relación laboral directamente con CHEVRON PETROLEUM COMPANY y simplemente con la intermediación de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A para el año 2015 a 2016.

De otra parte, arguyó, en el supuesto de que no accederse a lo anterior, se revise lo relacionado con la no condena a perjuicios materiales e inmateriales solicitados con la demanda, en su sentir se encuentran plenamente demostrados por la ruptura intempestiva del contrato de trabajo con las demandadas, en cuanto a las deudas adquiridas que por la educación de los menores hijos del demandante, dado que en los contratos de trabajo obtuvo una prestación adicional, un apoyo económico que brinda directamente la compañía para la educación de los hijos y por la terminación intempestiva del contrato no fue posible continuar asumiendo los costos de esa educación. De igual manera, considero sí se demuestran los perjuicios morales sufridos por el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA, conforme lo demuestran las documentales aportadas al escrito de demanda, según las cuales, se haya en un acompañamiento psicológico o psiquiátrico por las autoridades administrativas, de igual manera, por lo dicho por la testigo traída al proceso respecto a las dificultades económicas desde el momento de la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha, que aún siguen padeciendo con su núcleo familiar.

En suma, concluyo solicitando se revoque la sentencia en el sentido de declarar que existió una sola relación laboral sin solución de continuidad, con CHEVRON PETROLEUM COMPANY a través de una intermediación irregular efectuada en el año 2015 por parte de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. y en caso de que no proceda, se revise lo relacionado con la indemnización material e inmaterial por la terminación del contrato de trabajo respecto de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A<sup>1</sup> (récord: 28:37, ibidem).

---

<sup>1</sup> «Señora Juez me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir y notificada en estrados en los numerales tercero y cuarto de la misma. El recurso será sustentado de la siguiente manera: la sentencia proferida en esta primera instancia

De igual forma, la apoderada de la demandada NEXARTE S.A., apeló la decisión respecto a la condena impuesta por despido sin justa causa, señalando que fue probado en el plenario la relación laboral existente entre el demandante y NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A desde el día 10 de agosto 2015 hasta el 4 de mayo de 2016 y que el mismo desempeñó sus funciones como trabajador en misión en la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY. De igual forma, el contrato de trabajo finalizó en virtud de la finalización de la obra o labor contratada; precisando, las empresas de servicios temporales se encuentran contempladas en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, siendo estas empresas las que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar de manera

---

respecto en cuanto a que no tuvo en cuenta o consideró que no existió un solo vínculo laboral existente desde el extremo inicial señalado en el escrito de demanda esto es desde el año 2010 hasta el año 2016 y que realmente la prestación personal del servicio fue en todo momento beneficiada o tuvo como objeto beneficiar directamente a CHEVRON PETROLEUM COMPANY, la ruptura de la actividad intermediación que se realizó a través de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A ocurrió en la desvinculación que se efectuó en el año 2015, porque realmente más allá del tiempo que haya transcurrido entre una vinculación y la otra, según la jurisprudencia estableció un en término guía para establecer cuando hay y cuando no una solución de continuidad, lo importante es en ese punto establecer o tener presente que realmente el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA todo el tiempo cumplió con el mismo cargo, así se observa en las documentales que se aportaron con la demanda, incluso con las mismas contestaciones la demanda, los contratos en español, los contratos aportados directamente por CHEVRON PETROLEUM COMPANY, dan fe de que realmente cumplió todo el tiempo el mismo cargo. Como advertimos en los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia debe aplicarse para este asunto la carga dinámica de la prueba, ¿en qué sentido?, si CHEVRON PETROLEUM COMPANY manifiesta o argumenta que la vinculación especializada que efectuó el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA lo fue siguiéndose a los parámetros establecidos en la ley 50 de 1990, para este tipo de contratación temporal pues debió aportar pruebas suficientes de que sus dichos son ciertos. En este sentido y ello por cuanto es la parte que está más cerca o tiene dentro de su dominio el control de esta prueba y no basta simplemente con certificar que el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA ocupó cargos de vacaciones, que ocupó vacantes temporales, realmente lo que se trata es de demostrar para argumentar en su defensa es exactamente qué tipo o que trabajadores en específico entró supuestamente el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA a reemplazar temporalmente por causa de que situaciones, de qué circunstancias y especialmente en que cargos, porque durante todo ese tiempo que estuvo el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA no podría entenderse como un cargo con las indicaciones o con las condiciones técnicas de formación profesional tan específicas y complejas como lo es las de un ingeniero de confiabilidad pueda estar encaminada a ocupar diferentes cargos temporalmente desocupados, más aun cuando no se aportó por parte de la entidad demandada de prueba suficiente que existieran más de un cargo con las mismas condiciones, con las mismas funciones que cumplió el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA y que se encuentran en el contrato de trabajo suscrito por NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A y el mismo contrato de trabajo que todo el tiempo tuvo con CHEVRON PETROLEUM COMPANY durante el periodo anterior a esta última vinculación. En ese sentido consideramos que la señora juez de primera instancia al considerar que hubo ruptura en la prestación del servicio y a considerar de igual forma que la tercerización del año 2015 al año 2016 se efectuó bajo las directrices o bajo las condiciones señaladas en la ley 50 de 1990, por lo que indicábamos que CHEVRON PETROLEUM COMPANY al ser la mejor parte que en mejor posición estaba de demostrar que realmente se efectuó esta contratación temporal bajo los supuestos que indica, no aporte ninguna prueba concreta específica, más allá de una certificación en la cual no se refiere el lugar de trabajo ni centro de trabajo en el cual presuntamente se efectuaron estas vacantes temporales. En este sentido consideramos que se debió declarar la existencia de una relación laboral que existió directamente con CHEVRON PETROLEUM COMPANY y simplemente con la intermediación de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A para el año 2015 a 2016. de otra parte, y en cualquier caso en el supuesto de que no proceda la censura que acabamos de efectuar a la sentencia en este punto también deseamos que se revise lo relacionado con la no condena a perjuicios materiales e inmateriales solicitados con el escrito de demanda pues a nuestro sentir se encuentran plenamente demostrados que estos perjuicios fueron ocasionados por la ruptura intempestiva del contrato de trabajo de la relación laboral que tuvo el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA con las demandadas; en primer lugar en cuanto a las deudas adquiridas que por la educación de los menores hijos del demandante puede verse que los contratos de trabajo básicamente señalaron u obtuvieron precisamente una prestación adicional al a ese trabajador el pago precisamente de la educación de los hijos quien era ese apoyo económico que brinda directamente la compañía a la que permitió que los hijos del señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA pudieran ingresar a este colegio en cuanto a que asumieran estos costos y posteriormente se da la terminación intempestiva del contrato de trabajo de señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA pues no fue posible continuar asumiendo los costos que esta educación implicaba con todas las consecuencias que ello conlleva sobre la economía de la familia del señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA y específicamente de sus hijos, de igual manera, consideramos que si se demuestran los perjuicios morales de los cuales fue sufrido por el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA como así lo demuestran los documentales aportadas al escrito de demanda, el cual se encuentran o se hayan un acompañamiento psicológico o psiquiátrico por las autoridades administrativas, de igual manera, lo dicho por la testigo traída al proceso de la cual fue de las dificultades económicas que desde ese entonces en el momento de la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha aún siguen padeciendo o siguen sufriendo el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA y su núcleo familiar.

Por tanto, solicitamos respetuosamente a la Sala Laboral del Tribunal que se revoque la sentencia en el sentido de declarar que existió una sola relación laboral sin solución de continuidad, pero entre el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA trabajo y CHEVRON PETROLEUM COMPANY a través de una intermediación irregular efectuada en el año 2015 por parte de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A de acuerdo a lo manifestado anteriormente y en caso de que no proceda esta tasa que efectuamos o está censura que efectuamos a la sentencia, se revisen lo relacionados con la indemnización material e inmaterial por la terminación del contrato de trabajo respecto de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A tal como se argumentó previamente. Dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias, señora Juez».

temporal en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, pues éstas son contratadas directamente por estas empresas de servicios temporales las cuales tienen con respecto de éstas el carácter de empleador.

Indicó que esta sociedad, tuvo por objeto exclusivo colaborar temporalmente a CHEVRON PETROLEUM COMPANY en el desarrollo de sus actividades, de esta manera, la empresa de servicio temporal previa solicitud de esta empresa usuaria vinculó al personal en misión para que ejecute la determinada labor acordada. De igual forma, esgrimió, haber cumplido no solo con el pago de salarios sino con todas las prestaciones proporcional al tiempo laborado por este demandante y demás prerrogativas que concede la legislación laboral pues a cualquier trabajador. Que la parte actora desconoce por completo la esencia y naturaleza del contrato de obra o labor determinada y, por ende, el plazo fijado en el mismo y dichos contratos por obra o labor determinada conllevan a una temporalidad determinada y a su vez implica características distintas a los demás contratos a término fijo o indefinido, concluyendo, el contrato de obra labor contiene como causal objetiva la finalización del vínculo de manera natural y sin que haya lugar a imponer indefinidamente al empleador la permanencia de un trabajador que ya cumplió con su labor dentro de determinada empresa y, a su vez, tampoco comprende la indemnización por despido sin justa causa a la que trata el artículo 64 del CST, a menos de que se termine previo a la finalización de la obra o labor contratada, hecho que en el presente caso no acaeció, por tanto, procedió a la terminación de este contrato de trabajo por la finalización de la obra o labor contratada.

Agregó, la vinculación laboral tuvo la total validez conforme a los documentales obrantes en el plenario, las cuales no fueron tachadas de falsas ni controvertidas por el extremo activo, demostrándose, que el contrato de trabajo celebrado entre NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A y el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA fue cumplido y por esta razón, finalizó al terminar la obra o labor para la cual fue contratado, que lo fue para cubrir vacantes por periodos de vacaciones del personal de confiabilidad, conforme fue expresado por la empresa usuaria conforme al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de CHEVRON PETROLEUM COMPANY y el contrato de trabajo, en su numeral tercero.

En ese sentido, solicitó se analice el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que no solamente debe acogerse para los escenarios que resulta favorable o ventajoso para el trabajador, sino que, a su vez debe estar inmerso ante cualquier circunstancia cambiante que se presente en el desarrollo de un contrato, de manera que prime lo fáctico sobre las formas, sin que se desconozca la verdadera naturaleza y voluntad de las actuaciones de las partes. De tal forma, señaló, no debió imponerse condena alguna en contra de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., pues cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones como empleador pagando la integralidad de las acreencias al actor y dando finalización al contrato de trabajo conforme se encuentra consagrado en la ley<sup>2</sup> (récord: 36:21,

---

<sup>2</sup> «Muchas gracias señora juez me permito presentar recurso apelación en contra del numeral segundo que acaba de proferir en sentencia dictada por el despacho específicamente lo respectivo a la indemnización por despido sin justa causa, me permito sustentarlo de la siguiente forma: ratificando pues ante el honorable tribunal lo dispuesto en el escrito de contestación a la demanda las excepciones de mérito propuestas en la misma y las alegaciones presentadas ante el despacho de conocimiento, se considera por esta apoderada que no le asistió razón a la juez de instancia en lo que respecta a imponer las condenas a mi mandante en virtud a un supuesto despido sin justa causa; cabe señalar que fue probado en el plenario la relación laboral existente entre el aquí demandante y NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A desde el día 10 de agosto 2015 hasta el 4 de mayo de 2016 y que el mismo desempeña sus funciones como trabajador en misión en la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY. De igual forma, fue plenamente probado que el vínculo mediante el contrato de trabajo por obra o labor finalizó, dicho contrato finalizó en virtud de la finalización de esta obra o labor contratada; mi representada NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A cumplió con la integridad de sus obligaciones por tal motivo no es válido que la a quo impusiera condena alguna en perjuicio de mi mandante conforme fue expuesto a los alegatos de conclusión pues las empresas de servicios temporales se encuentran contempladas en la ley específicamente en la ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, siendo estas empresas las que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar de manera temporal en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, pues éstas son contratadas directamente por estas empresas de servicios temporales las cuales tienen con respecto de éstas el carácter de empleador. Mi representada tuvo por objeto exclusivo colaborar temporalmente a CHEVRON PETROLEUM COMPANY en el desarrollo de sus actividades de esta manera la empresa de servicio temporal previa solicitud de esta empresa usuaria pues vinculó al personal en misión para que ejecute la determinada labor acordada de manera prevista. De igual forma es dable de reiterar mi mandante cumplió no solo con el pago de salarios sino con todas las prestaciones proporcionales al tiempo laborado por este demandante y demás prerrogativas que concede la legislación laboral pues a cualquier trabajador. El primer yerro del accionante pues se da en desconocer por completo la esencia y naturaleza del contrato de obra o labor determinada y por ende el plazo fijado en el mismo, si las cosas observemos cuáles son las condiciones solemnes entre una y otra para poder determinar este tipo contractual en primer lugar deben celebrarse por escrito conforme a los artículos 39 del código sustantivo del trabajo. Ahora bien, contempló a su vez el legislador respecto a la existencia de dichos contratos por obra o labor determinada que conllevan a una temporalidad determinada y a su vez implican características distintas al contrato a término fijo como modalidad general, el artículo 45 señala respecto a la duración que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada por el tiempo indefinido o ejecutar un trabajo ocasionalmente accidental o transitorio, corresponde ahora hacer referencia a la terminación de este contrato por obra labor bajo la causal objetiva contemplada en el artículo 61 del código de sustantivo de trabajo que dispone lo siguiente: “artículo 61: terminación del contrato de trabajo: subrogado por el artículo quinto de la ley 50 de 1990, el contrato de trabajo termina literal D por la terminación de la obra labor contratada” al respecto es válido advertir que si bien el legislador consagró dicha modalidad contractual es porque algunas relaciones laborales se desarrollan bajo la misma por tanto la terminación del contrato bajo dicha causal objetiva comprende la finalización del vínculo de manera natural y sin que haya lugar a imponer indefinidamente al empleador la permanencia de un trabajador que ya cumplió con su labor dentro de esta determinada empresa, es así como es claro que ha hecho contrato no le asiste en primer lugar las circunstancias como el preaviso determinado para el contrato a término fijo así como tampoco la prórroga de la que trata el artículo 46 del código sustantivo del trabajo subrogado por el artículo 3 de la ley 50 de 1990, en tanto su finalidad es la prestación de terminado servicio durante el tiempo que esté requerido y a su vez tampoco comprende la indemnización por despido sin justa causa a la que trata el artículo 64 del código sustantivo de trabajo modificado por el artículo 28 de la ley 7892 de 2002, a menos de que se termine previo a la finalización de la obra o labor contratada hecho que en el presente caso no acaeció, por tanto mi poderdante procedió a terminación de este contrato de trabajo por la finalización de la obra o labor contratada. La vinculación laboral tuvo la total validez efectivamente se debió tener en cuenta que, conforme a los documentales obrantes en el plenario, las cuales no fueron tachadas de falsas ni controvertidas por el extremo activo se demuestra claramente que el contrato de trabajo celebrado entre NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A y el señor ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA fue cumplido y por esta razón finalizó este contrato laboral al terminar la obra o labor para la cual fue contratado. De igual forma, este demandante fue contratado para cubrir vacantes por periodos de vacaciones del personal de confiabilidad conforme fue expresado por la empresa usuaria situación que fue plenamente probada conforme al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de CHEVRON PETROLEUM COMPANY y obra en el contrato de trabajo bajo el numeral tercero en el que se señala me permito citar: “el término requerido para la realización de la obra o labor contratada; la labor contratada es prestación del servicio indicado en el encabezamiento del contrato el cual durará por el tiempo estricto necesario solicitando al empleador por el usuario en consecuencia este contrato terminará al momento en que el usuario comunique al empleador que ha dejado de requerir los servicios temporales sin que el empleador tenga que reconocer indemnización alguna”. En ese sentido, solicitó a los honorables magistrados de esta sala analizar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, este principio se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política como principio rector de las relaciones laborales que no solamente debe acogerse para los escenarios que resulta favorable o ventajoso para el trabajador sino que a su vez debe estar inmerso ante cualquier circunstancia cambiante que se presente en el desarrollo de un contrato de manera que prime lo fáctico sobre las formas sin que se conozca la verdadera naturaleza y voluntad de las actuaciones de las partes.

En ese sentido, honorables magistrados, no debió imponerse condena alguna en perjuicio de mi representada máxima que NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A cumplió a cabalidad con todas sus obligaciones como empleador pagando la integralidad de las acreencias al actor y dando finalización al contrato de trabajo conforme se encuentra consagrado en la ley. En ese sentido, honorables

ibidem).

## CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALFREDO ECHVERRI SAAVEDRA, las pretensiones visibles a páginas 123 y 124 del archivo «001. DEMANDA Y ANEXOS.pdf», las cuales se fundan en los hechos relatados a páginas 124 a 126, aspirando de manera principal, se declare la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido con la sociedad CHEVRON PETROLEUM COMPANY entre el 06 de junio de 2011 y el 15 de junio de 2015, declarándose a su vez, que la vinculación través de la empresa de servicios temporales NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el día 10 de agosto de 2015 constituyó una práctica fraudulenta de vinculación, en tal virtud, declarar la existencia de una sola relación laboral con la sociedad CHEVRON PETROLEUM COMPANY, regida al final por un contrato de obra o labor contratada desde el día 10 de agosto de 2015, la cual terminó sin justa causa. En consecuencia, se condene a CHEVRON PETROLEUM COMPANY como obligado principal, y la sociedad NEXARTE S.A. como solidaria en calidad de intermediaria, a pagar la indemnización por despido sin justa causa, indemnización por daño emergente e indemnización por daños morales, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de dos contratos de trabajo con NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. el primero entre el 26 de julio de 2010 al 15 de junio de 2011 y el segundo del 10 agosto de 2015 al 05 de mayo de 2016 y condenó a la demandada NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., al pago de la indemnización por despido sin justa causa, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas. Todo lo anterior, tras considerar la *a quo*, que de conformidad con la prueba documental y los testimonios recaudados se establecía que, efectivamente, el demandante prestó sus servicios a la demandada Chevron Petroleum Company en 3 periodos, primero del 26 de julio 2010 al 15 de julio 2011, luego del 16 de julio de 2011 al 15 de julio de 2015, y con posterioridad, del 10 de agosto 2015 al 5 de mayo de 2016, con lo cual se abría paso la presunción legal de la existencia del contrato de trabajo con la empresa Chevron Petroleum Company, sin embargo,

---

*magistrados solicitó se absuelva a mi representada del pago de la mentada indemnización la cual a todas luces es improcedente en el presente caso teniendo en cuenta que fue un hecho plenamente probado la litis que el contrato de las partes finalizó por la culminación de la obra o labor para la cual fue contratado conforme a lo contemplado en la ley teniendo, en cuenta también el interrogatorio de parte rendido pues por este representante legal donde fue manifestado claramente finalizó esta relación laboral en virtud de esta terminación del periodo de vacancia de los trabajadores. Por lo anteriormente expuesto, solicito su señoría de forma muy respetuosa se conceda al recurso que acabo de sustentar por la suscrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del código de procedimiento laboral».*

señaló que el actor respecto al primer vínculo contractual, trabajó en virtud de un contrato celebrado con NEXARTE S.A., en la cual prestó sus servicios bajo los parámetros establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, toda vez que se trató para atender incrementos en la producción, tal y como se desprendía de las documentales aportadas y el mismo no superó los términos establecidos en la misma disposición legal, de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más; y si bien con posterioridad a dicha data, suscribió un contrato de trabajo con la empresa Chevron Petroleum Company, ello no significaba que el primer contrato no tuviese validez legal, pues estimó, que las entidades actuaron en debida forma, toda vez que Chevron Petroleum Company al verificar que ya no se dan los presupuestos establecidos en la Ley 50 de 1990, contrató directamente al demandante, tal y como lo establece la jurisprudencia nacional. En consecuencia, concluyó la existencia de dos vínculos contractuales, del 26 de julio 2010 al 15 de julio 2011, bajo los parámetros establecidos en el artículo 77 de la ley 50990, y el segundo vínculo del 16 de julio de 2011 al 15 de julio de 2015, mediante contrato a término fijo, el cual culminó con el preaviso correspondiente de 30 días de anticipación.

Respecto al tercer periodo, del 10 de agosto 2015 al 06 de mayo. 2016, precisó la existencia de una interrupción correspondiente a 58 días, razón por la cual no pudo existir solución de continuidad entre uno y otro contrato, por ende, estableció que el último contrato no fue con Chevron Petroleum Company, sino que fue un contrato totalmente independiente a los anteriores, el cual, también obedeció a los parámetros establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, toda vez que obedeció, conforme la documental aportada y el testimonio recaudado del señor Cristian Leonardo Herrera León a un incremento de producción y además, a reemplazar personal en vacaciones, sumado a que la suscripción del mismo no desborda los límites establecidos en la Ley, como quiera que entre el 10 agosto de 2015 al mes de mayo de 2016 se surtieron 271 días. Indicando, además, si bien ejecutó funciones parecidas o similares a las ejecutadas en el contrato anterior, no significaba que se tratara del mismo contrato, máxime que, como de acuerdo a las documentales, el demandante, debía reemplazar personal que se encontraba en vacaciones y que desempeñaba la labor contratada por el demandante.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, consideró había lugar a la misma, toda vez que NEXARTE S.A., no acreditó que efectivamente la obra para la cual fue contratado el aquí demandante, fue finalizada por parte de Chevron

Petroleum Company. Lo anterior, por cuanto si bien el testigo de esa empresa manifestó que dicha entidad remitió correo electrónico dando por finalizado el vínculo contractual, tal medio de prueba no fue allegado al plenario, razón por la cual concluyó debía concederse dicha indemnización; precisando, conforme lo establece el artículo 64 del CST, esta comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente y como quiera que la demanda el demandante no logró acreditar el daño material de orden patrimonial causado por el hecho del despido, toda vez que si bien es cierto adeuda una suma de dinero en el colegio de sus hijos, esta circunstancia no puede ser endilgada a la parte demandante, toda vez que no solamente basta con afirmar el hecho dañoso ocasionado, sino que hay que comprobar dichas circunstancias.

Precisado lo anterior, procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), recordándose que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), abordando inicialmente la Sala el argumento relacionado con la existencia del contrato de trabajo del demandante con CHEVRON PETROLEUM COMPANY y si NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. actuó o no como intermediaria en la relación laboral.

En este punto, se advierte la relación laboral del demandante, se dio a través de tres contratos de trabajo, dos de ellos, bajo la modalidad de obra o labor suscritos con la empresa de servicios temporales NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. (antes SERTEMPO), en virtud de los cuales este desempeñó en los cargos de ESPECIALISTA EN CONFIABILIDAD y/o ESPECILISTA DE CONFIABILIDAD en la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY, usuaria de los servicios, de igual modo prestó directamente el servicio a la misma mediante contrato de trabajo para desempeñar el cargo de RELIABILITY SPECIALIST, así:

- Del 26 de julio de 2010 al 15 de junio de 2011 (Sertempo, hoy Nexarte, págs. 67, 68, 71, 87 a 92, 189 a 193, ib.), en total, 10 meses y 20 días.
- Del 16 de junio de 2011 al 15 de junio de 2015 (Chevron Petroleum Company, págs. 74, 80 a 86, 291 a 301, ib.), en total, 04 años.
- Del 10 de agosto de 2015 al 04 de mayo de 2012 (Nexarte, págs. 72, 73, 76 a 79, 213 a 216, ib.), en total, 08 meses y 25 días.

Aspectos fácticos no discutidos por las partes, como tampoco, el hecho que CHEVRON PETROLEUM COMPANY era la beneficiaria de los servicios del convocante como trabajador en misión de NEXARTE S.A.S., en esos dos periodos indicados, de conformidad con lo plasmado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Adicionalmente, al plenario se incorporó copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre CHEVRON PETROLEUM COMPANY y SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ S.A. - SERTEMPO LTDA., hoy NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.<sup>3</sup>, el 11 de julio de 2014 con sus anexos (págs. 341 a 437, ibidem), el cual tenía el siguiente alcance:

ALCANCE DEL TRABAJO
<b>DESCRIPCIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES</b> Servicios de personal temporal, de acuerdo con lo establecido en el Anexo C - Alcance.
<b>ÁREA DE OPERACIONES</b> Cualquier ciudad de Colombia, donde la Compañía requiera servicios.
<b>MATERIALES, PRODUCTOS, ETC.</b> No aplica.
<b>PAÍS</b> República de Colombia
<b>FECHA DE TERMINACIÓN</b> 30 de Junio de 2017.
<b>FECHAS PARA LA EJECUCIÓN</b> Las Fechas para la Ejecución del presente Contrato será el periodo comprendido entre la Fecha de Entrada en Vigencia y Fecha de Terminación.
<b>REQUERIMIENTOS DE PERSONAL</b> Los requerimientos de personal serán los establecidos en el Alcance C - Alcance.

1. **ALCANCE**
  - 1.1. **Servicio de personal temporal en misión no calificado, técnico y profesional, incluyendo personal extranjero a nivel nacional, en las ciudades definidas por la Compañía, durante todo el tiempo que cubra el Contrato, en concordancia con lo establecido en los Artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990 y demás aplicables.**

Ahora bien, resulta importante precisar, según el artículo 77 de la Ley 50 de 1990<sup>4</sup>, las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios

<sup>3</sup> Según certificado de existencia y representación legal, «POR ESCRITURA PÚBLICA NO. 2054 DE LA NOTARIA 27 DE BOGOTÁ D.C. DEL 30 DE OCTUBRE DE 2015, INSCRITA EL 6 DE NOVIEMBRE DE 2015 BAJO EL NO. 02034072 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA CAMBIO SU DE: SERVICIOS TEMPORALES PROFESIONALES BOGOTÁ S.A., POR EL DE: NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A.» (Págs. 159 a 168, ib.)

<sup>4</sup> Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

temporales<sup>5</sup>, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más<sup>6</sup>, es decir 1 año, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006<sup>7</sup>, donde se estipuló igualmente la prohibición de contratar trabajadores en misión por términos superiores al legalmente establecido con la prórroga, independiente de que dichas contrataciones se efectúen en periodos diferentes.

Conforme lo anterior, la contratación del actor para la prestación de servicios en CHEVRON PETROLEUM COMPANY, como trabajador en misión, indican las accionadas se ciñó a las causales segunda y tercera, esto es, para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o incrementos de producción, las cuales establecen un término máximo de duración de 6 meses prorrogables por 6 meses más, destacando en este aspecto, en el evento de superación de dicho termino temporal, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, que se considera a esta como verdadero empleador y la empresa de servicios temporales como una simple intermediaria, en consecuencia, en caso de que la empresa usuaria no cancele los derechos laborales del trabajador en misión, la empresa de servicios temporales no queda eximida de responder solidariamente.

Recuérdese igualmente, que, en estos casos, la norma parte de la premisa de que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la superación del término máximo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de

---

<sup>5</sup> Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

<sup>6</sup> Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

<sup>7</sup> Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717<sup>8</sup>.

De otro lado, es válido recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral en el sentido que no es válido pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de un año; dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios (ver CSJ SL3520-2018, CSJ SL467-2019 y CSJ SL5122 de 2021).

En suma, al tenor de la jurisprudencia del Órgano de Cierre, las EST pueden cumplir las actividades previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sean o no del giro habitual de los negocios de la usuaria, por lo que, el hecho de prestarse el servicio en tareas que hacen parte del objeto de la usuaria o, como en este caso particular, que el actor prestara servicios en el mismo cargo que cuando estuvo vinculado

---

<sup>8</sup> “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI – CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

directamente, no lo convierte automáticamente en trabajador directo de la misma (CSJ SL4330-2020).

Así las cosas, en el caso de marras, lo primero que observa la Sala es que el término legal permitido para los trabajadores en misión no fue superado, en tanto los contratos de la demandante con NEXARTE S.A., el primero, tan solo fue por 10 meses y 20 días, mientras que el segundo, lo fue por 8 meses y 25 días, es decir, no excedieron el año por el cual se podía contratar al demandante en calidad de trabajador en misión.

Ahora, no puede perderse de vista, que luego de darse por finalizado el primer contrato de trabajo en calidad de trabajador en misión, el demandante continuó prestando sus servicios, al día siguiente, sin solución de continuidad con la empresa usuaria, circunstancia que no resulta contrario a los postulados legales y jurisprudenciales en torno a este tipo de contratación, pues precisamente, al continuar prestando sus servicios con la empresa usuaria directamente se regularizó su situación contractual laboral, hecho que no resulta reprochable, tal como lo concluyó la juez a quo, por tanto, se confirmará lo allí decidido.

No obstante lo anterior, pretende el recurrente por activa, se tengan tales relaciones laborales como una sola, sin solución de continuidad con la celebrada, nuevamente en calidad de trabajador en misión, desde el 10 de agosto de 2015, sin embargo, de entrada se avizora imposible por cuanto, en tanto a la finalización de un contrato (15/06/2015) y el inicio del otro (10/08/2015) transcurrieron 55 días, esto es, un mes y 25 días, distancia más que suficiente para predicar la solución de continuidad y así, no resulta posible, verbigracia, dar aplicación a lo ha expuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y concluir que ello obedeció a una simulada interrupción en la continuidad de los servicios (CSJ SL3520-2018).

En lo que respecta al último contrato celebrado, donde igualmente la parte actora reitera que la prestación del servicio en favor de la empresa usuaria, obedeció a una simple intermediación de NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., debe indicar la Sala, como bien se indicó en precedencia la contratación en ese lapso independiente de la anterior relación, en primer lugar, no sobrepasó el tiempo máximo en que se le podía contratar bajo esa modalidad, tan solo fue por 8 meses

y 25 días, por lo tanto, ese primer examen de legalidad de la contratación se tiene por superado.

Ahora, frente al hecho de si la contratación obedeció a trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, esgrimieron las accionadas puntualmente se le contrató al actor para reemplazar efectuar reemplazos de personal en vacaciones y compensatorios, así se indica por parte de CHEVRON PETROLEUM COMPANY en la página 308:

**Yo GLORIA LUCIA RODRIGUEZ ROMERO identificada como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de Apoderada Especial, de CHEVRON PETROLEUM COMPANY Nit 860005223-9, me permito certificar que el señor ALFREDO ECHEVERRY CC 91420100 durante el tiempo que fue remitido por NEXARTE reemplazaba a los trabajadores directos de Chevron del equipo de Confiabilidad en sus periodos de vacaciones y compensatorios. El señor ECHEVERRY realizó su labor en la sede de Riohacha-Guajira .**

En ese mismo sentido, el representante legal de CHEVRON PETROLEUM COMPANY, al absolver interrogatorio de parte mencionó que el actor prestó sus servicios en tres oportunidades para esa compañía, dos de ellas, como servidor en misión y también como trabajador directo a término fijo, indicó, en la última oportunidad, del 10 de agosto 2015 al 6 de mayo 2016, fue enviada en los términos de la Ley 50 de 1990, aunque dijo desconocer con precisión cuantos trabajadores desempeñaban las funciones de especialista de confiabilidad, que fue el cargo para el cual fue contratado el demandante, tampoco recordó el nombre de la persona reemplazada por el accionante en misión.

De igual modo, el testimonio del señor CRISTIAN LEONARDO HERRERA LEÓN, quien se encuentra vinculado a la demandada como especialista de servicio al cliente desde el 04 de septiembre 2008 y era el encargado de la atención a todos los trabajadores en misión, estaba pendiente de las vinculaciones de los procesos de nómina, de todas las inquietudes que las personas, los trabajadores que pudiesen tener durante la vinculación; siendo esa la razón por la cual conoció al actor cuando laboró para NEXARTE como trabajador en misión en el año 2016, así como las condiciones contractuales entre el NEXARTE S.A. y CHEVRON, precisando que el servicio requerido por CHEVRON correspondía al suministro de personal para suplir ciertas funciones, ciertos incrementos de producción, reemplazos de vacaciones, incapacidades. Que el actor tenía un contrato de obra o

labor contratado, para CHEVRON para trabajar en las instalaciones de CHEVRON de la Guajira prestado sus servicios durante un proyecto que ellos estaban implementando allí, con ocasión a las mejoras locativas a la producción de gas en ese Departamento.

Analizados en su integridad los medios de prueba reseñados en precedencia, 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 CPTSS), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, que es dable concluir que en efecto la contratación del actor se ciñó a los postulados de la contratación para los trabajadores en misión, tanto en el reseñado documento, que no fue tachado ni desconocido por la parte actora en la oportunidad procesal, teniendo plena validez para ser valorado, en armonía con el mencionado testigo que goza de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostró espontáneo, además expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas y sin ánimo de favorecer al extremo demandado, sumado al hecho que la parte actora no aportó medio de prueba alguno para derruir y/o controvertirlos.

En esa medida, aunque el actor desempeñó actividades similares a las que efectuó cuando estuvo vinculado directamente en la entidad usuaria, no se superó el tiempo límite legal y de los medios de convicción examinados no se desdice la excepcionalidad de esas labores, de tal forma, que no se demostró que la contratación que acordaron las demandadas hubiera estado destinada a encubrir una verdadera relación laboral con CHEVRON PETROLEUM COMPANY. Circunstancia que impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

Respecto de la **indemnización por despido sin justa causa**, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., «*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*» por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que «*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la*

otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos», advirtiéndole entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, **correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa**<sup>9</sup>.

De tal suerte, en esta instancia no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., como quiera que así se admite en la alzada, donde se reitera que ello obedeció a la finalización de la obra o labor contratada. Para tal efecto, se aportó comunicación calendada 04 de mayo de 2016, en los siguientes términos (págs. 70 y 227, ib.):



Bucaramanga, 04 de Mayo de 2016

Señor (a) ALFREDO ECHEVERRI SAAVEDRA  
C. C 91420100  
EMPRESA USUARIA: CHEVRON PETROLEUM COMPANY

Apreciado (a) Señor (a):

Nos permitimos comunicarle que la obra o labor para la cual de manera particular fue vinculado(a) y enviado en calidad de trabajador(a) en misión a la empresa usuaria CHEVRON PETROLEUM COMPANY finaliza el 04 de Mayo de 2016

Una vez sea tramitado el respectivo paz y salvo y en un periodo prudencial se le consignará el valor correspondiente a su liquidación definitiva de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, en la cuenta bancaria por usted reportada.

Cabe recordarle que la naturaleza del contrato de trabajo por duración de obra o labor suscrita entre usted y la compañía, no exige preaviso legal.

Para su examen médico de retiro, usted tiene cinco días calendario para hacerlo efectivo, en el momento de haber finalizado el contrato de obra o labor, favor acercarse a nuestras oficinas a retirar la orden respectiva.

Hacemos propia la ocasión para agradecerle los servicios prestados a nuestra empresa durante el tiempo de su vinculación, y le deseamos éxitos en sus nuevas actividades.

En ese sentido, como la finalización de la obra o labor contratada, a la luz de lo previsto en el literal d) del artículo 61 constituye un modo de cancelación o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, conviene traer a colación el contenido de la

<sup>9</sup> Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado SL-3482 de 2021 Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo "(...) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos."

cláusula segunda del «*Contrato individual de trabajo por realización de la obra o labor determinada*», suscrito por las partes que es del siguiente tenor (págs. 213 a 216, ib.):

*«[...] El tiempo requerido para la realización de la obra o labor contratada. La labor contratada es la prestación del servicio Indicado en el encabezamiento el cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. **En consecuencia, este contrato terminará en el momento en que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios temporales del TRABAJADOR,** sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer Indemnización alguna, ni generar preaviso de ninguna clase por lo tanto cualquier comunicación que se haga llegar en este sentido tiene por objeto un mero control administrativo y con el fin de agradecer los servicios prestados [...]*».

De lo anterior, se extrae con claridad que la terminación del contrato por obra o labor estaba supeditado al hecho de que la empresa usuaria comunicara a la Empresa de Servicios Temporales, que dejaba de requerir los servicios del trabajador, sin embargo, revisado el plenario se echa de menos dicha comunicación donde en efecto se diera a conocer que ya había terminado la obra o labor para la que fue enviado en misión, por tanto, no demostró NEXARTE que para ese momento los servicios del actor para CHEVRÓN ya no eran requeridos, tal y como lo estipularon las partes, de este modo, aunque no se desconoce la naturaleza de esta contratación era deber de las accionadas la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el actor, configurándose en injusto en los términos señalados en la comunicación traída a colación, nótese que en la misma sólo se le indicó al ex trabajador «*que la obra o labor para la cual de manera particular fue vinculado(a) y enviado en calidad de trabajador(a) en misión a la empresa usuaria CHEVRON PETROLEUM COMPANY finaliza el 04 de Mayo de 2016*», sin que en efecto conste en los autos que en efecto ello así haya ocurrido y, en esa medida, resulta procedente el reconocimiento y el pago de la indemnización por despido sin justa causa, sin que sea motivo de discusión la liquidación que para el efecto hizo la a quo. Se confirma entonces, este aparte de la sentencia.

En lo que tiene que ver con la solicitud de perjuicios morales y materiales, tal como lo refiere el inciso 1º del artículo 64 del CST, la indemnización por despido sin justa causa, comprende el lucro cesante y el daño emergente; y aunque es procedente la reclamación de otro tipo de perjuicios como los morales o materiales, estos deben probarse, pues tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral, «*requieren la demostración de la existencia real del daño sufrido con posterioridad al despido,*

*toda vez que ellos no se pueden presumir o suponer» (CSJ SL, 21 nov. 2001, rad. 16.476).*

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia CC C-1507-2000, explicó que con las cuantías previstas en el artículo 64 del CST, se alcanza la reparación del daño sufrido por el trabajador con ocasión del despido sin justa causa, a menos que éste acredite un perjuicio más grave del tasado anticipadamente por el legislador, precisando:

*«[...] Ha de advertirse, sin embargo, que la constitucionalidad de los numerales 2, 3 y 4, en estudio, supone que con las cuantías allí previstas se alcanza la reparación del daño sufrido por el trabajador a causa del despido, y en consecuencia la norma consagra en realidad una fórmula de protección al empleado, a menos que él haya probado o pueda probar un perjuicio más grave del tasado anticipadamente por el legislador, hipótesis en la cual la disposición es exigible solamente si se entiende que en ese evento el patrono está obligado a indemnizar plenamente al trabajador en la medida de lo judicialmente probado; ello resulta evidente a la luz de los artículos 25 y 53 de la Constitución [...]».*

En el mismo sentido, La Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL, 20 feb. 2004, rad. 22015, enseñó:

*«Como ya se indicó, no basta dar por sentado que luego del despido el ex trabajador por su inactividad laboral le sobrevino una situación de carencia económica; esta conclusión es la que enseñan las reglas de la experiencia, pero también que la penuria tiene origen en una multiplicidad de causas ajenas, y aún anteriores, a la relación contractual; ciertamente no existe prueba en el proceso que establezca algo diferente, como por ejemplo, que por las maneras en que se surtió el despido o por circunstancias que lo acompañaron, se le redujeron al actor las posibilidades u ofertas de trabajo.*

*Así, entonces, el dolor del actor, que según se indica en la demanda se deriva de la carencia de “ingresos para responder por las obligaciones familiares, sociales, civiles y comerciales” los que antes obtenía de su trabajo, el cual era su única fuente de sostenimiento, no tiene relación directa con el despido y por tanto no puede ser atribuido a la actuación injusta del empleador» (subrayas de la Sala).*

De igual modo, la Alta Corporación, en sentencias CSJ SL14618-2014, reiterada en la CSJ SL2703-2022, recordó:

*«Aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, dado que es necesario ponderar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente.*

*Lo anterior está estrechamente ligado con el concepto de la actividad como tal, pues el individuo en sus espacios laborales no solo cumple una función determinada por la que percibe un salario, sino que en ellos desarrolla toda una serie de relaciones sociales a través de las cuales deriva una imagen propia que es*

*la que proyecta tanto a su familia como a sus amigos. Además de ello, la actividad productiva remunerada le permite plantearse una vida a corto, mediano o largo plazo y eso, sin duda le da cierta estabilidad emocional.*

*La consagración de toda una vida de esfuerzo en una determinada empresa genera a su vez cierta aspiración al reconocimiento de la labor efectuada, y a la contraprestación moral por la misma, máxime cuando ella va acompañada de una trayectoria intachable y de una actividad proactiva».*

Así las cosas, en concordancia con la jurisprudencia en cita, debió el promotor del juicio acreditar fehacientemente la afectación o lesión que la terminación del contrato de trabajo produjo en su fuero interno, situación que, no se desprende simplemente de lo indicado por la testigo Leonor Sánchez de Reina, amiga del actor, en la que si bien manifestó que el actor y sus hijos han padecido problemas y dificultades económicas o que haya tenido que cambiar de colegio a sus hijos, a uno más económico o público, constituyen circunstancias que si bien reflejan la existencia de un entorno familiar con dificultades y objeto de una consideración especial, no se advierte que dichas adversidades surgieran con motivo del despido del trabajador o que pudieran ser atribuibles al empleador, pues si bien, la privación del empleo significó la disminución de los medios de subsistencia familiares, las dificultades del fuero interno del demandante o que tenga deudas, no pueden atribuirse al despido o como un daño ocasionado por la sociedad accionada al desvincularlo.

Lo mismo ocurre con los perjuicios morales, pues, aunque el hecho del rompimiento intempestivo de la relación de trabajo, genera mayores preocupaciones, angustias, desesperación e intranquilidad, que incluso le lleven a consultar a profesionales de la medicina mental, la jurisprudencia ha indicado que, «[...] aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, pues no solo es necesario ponderar la manera cómo el trabajador se vio afectado en su fuero interno y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente sino que además deben probarse los daños de orden inmaterial ocasionados por el hecho del despido (CSJ SL3203-2016)». En esta última decisión, sobre el punto se indicó:

*«Ello, por cuanto se reitera, es claro para la Sala, que los perjuicios morales no se configuran por el hecho mismo del despido, a menos que dicho suceso esté asociado a conductas que en verdad provoquen un menoscabo en el patrimonio moral del trabajador, tal como se adocrinó en sentencia CSJ SL, 12 may. 2004, rad. 22014[5]:*

*En relación con los perjuicios morales se ha de indicar que la Sala ha admitido que estos se pueden configurar en materia laboral con ocasión de la terminación de la relación contractual (sentencia de 12 de diciembre de 1996, rad. N° 8533), pero, se ha de resaltar, no por el despido mismo; ciertamente esta es una vicisitud contractual que no tiene la virtualidad de afectar el patrimonio moral del trabajador sino cuando el acto del despido esté asociado con conductas del empleador que generen un verdadero menoscabo del patrimonio moral del trabajador que debe ser indemnizado. Esto es, la configuración de los perjuicios morales no se deriva de la simple terminación del vínculo laboral, aun teniendo presente las consecuencias normales en el estado de ánimo del contratante, sino que debe estar ligada a circunstancias graves que causen un real daño de índole moral como lo sería la imputación injustificada de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten la honra o el buen nombre, etc.*

*Esta Sala, como Tribunal de instancia, desestima la existencia de daño moral por ausencia de agravio de parte de la entidad demandada. No desconoce la Sala la afectación de la salud emocional del actor, pero esto es un mal que por sí mismo no se constituye en ofensa causada por el empleador. No existe en el sub lite la relación de causalidad suficiente entre el ultraje a un interés legítimo y la aflicción moral, esto es, entre el atentado contra la estabilidad laboral y la afectación psicológica. (...)*

*Así, entonces, el dolor del actor, que según se indica en la demanda se deriva de la carencia de "ingresos para responder por las obligaciones familiares, sociales, civiles y comerciales" los que antes obtenía de su trabajo, el cual era su única fuente de sostenimiento, no tiene relación directa con el despido y por tanto no puede ser atribuido a la actuación injusta del empleador» (Subrayas fuera del texto).*

En ese orden de ideas, como no se demostró que la decisión adoptada por la demandada NEXARTE, de desvincular al actor haya tenido como finalidad «*infringirle daño, perjuicio o dolor*», y desde luego, no se demostraron los perjuicios en tal sentido, no resulta posible acceder a tales pedimentos y por ello, debe confirmarse lo decidido en primera instancia.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, conforme las conclusiones halladas, se confirmará la decisión de primer grado.

**Sin COSTAS** en esta instancia.

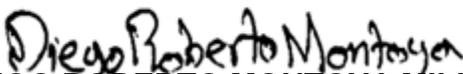
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

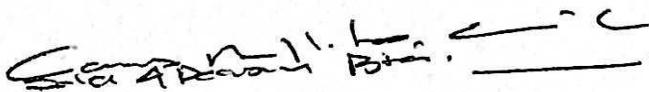
## **RESUELVE**

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIRIAN BEATRIZ CORTES CASTAÑEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 28 2017 00676 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 el apoderado de la demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de octubre del 2022 (Exp. Digital: Audio Archivo 7, récord 18:25), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR probada la excepción formulada por el extremo demandado que denomino inexistencia del derecho y de la obligación.*

*SEGUNDO: En consecuencia, ABSOLVER a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora Miriam Beatriz Cortes Castañeda conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*

*TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$400.000.*

*CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior por cuanto le resulto adversa a los intereses de la pensionada demandante.».*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, expresando no estar de acuerdo con las consideraciones de la Juez a quo, señalando si bien cuando solicito la pensión no efectúo el reclamo de los

intereses moratorios, ello fue porque se desconocía cual sería la condena en concreto, aunado a que el hecho de no pedirlos en ese momento no extingue el derecho máxime cuando la demandante espero 6 años para el reconocimiento de su pensión que generó un perjuicio y da lugar al pago de los intereses moratorios, siendo de su albedrío escoger si se presenta la solicitud de intereses de manera conjunta con la pensión de vejez o de manera separada, razón por la cual solicita se condene al pago a partir del mes cuarto de la solicitud presentada en enero del 2010 y hasta el año 2016 sobre el capital pagado por concepto de retroactivo (Exp. Digital: Audio Archivo 7, récord 19:30<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Solicito a usted y al honorable tribunal que verifique dicho fallo proferido por usted el día de hoy basado en la consideración de que la solicitud de los intereses moratorios se debieron solicitar de manera conjunta en el proceso en el cual el Juzgado 20 Laboral del Circuito luego de efectuar la aprobación del tribunal y ejecutoriada la sentencia consideró que se debía reconocer solamente en retroactivo pensional, dentro de la fijación del litigio no se solicitó los intereses moratorios por eso no hay cosa juzgada, se solicitó solamente la pensión de vejez y el retroactivo pensional. Los magistrados del Tribunal en su momento me manifestaron que debía proceder a hacerse la solicitud nuevamente del reconocimiento de los intereses moratorios si es que así quería ver el resultado con respecto a la demora que tuvo Colpensiones, no hace falta más que ver el fallo expedido por el Juzgado y por el tribunal en el cual se manifieste de que la obligación de hacer de ese término de la solicitud de los intereses moratorios dentro de esa sentencia, dentro de esa demanda depende de cada una en su contexto general, es decir aquí yo no me proferí (sic) a los intereses moratorios y por lo tanto los magistrados y el juzgado en su momento no se profirieron exactamente a ese pretensión y la razón era una sola, establecer la condena en concreto que no se dio ni por parte del juzgado ni por parte del Tribunal, cuando si se dio por parte de la Resolución GNR 388035 del 30 de noviembre del 2015, es decir, aquí se estableció un valor de \$40.713.00 pagados solamente hasta el año 2016 enero, por lo tanto y al desconocer la condena en concreto no se podía establecer en su momento y para este criterio y para esta defensa la solicitud de intereses moratorios, por eso se postergaron a un futuro, contrario a lo que manifiesta el apoderado de la parte demandada en el cual escuchada el Cd o el audio en ningún momento se habló por parte del Juzgado y del Tribunal de los intereses moratorios esto es completamente falso y debe establecerse esa minucia por parte del Tribunal, la solicitud de intereses moratorios se efectuó mediante radicado de 2016 a Colpensiones luego de haber efectuado el pago.

Por lo tanto, se debe establecer señora Juez y señores Magistrados que aquí el objeto del que trata no puede darse en una relevancia distinta al cual nunca fue estudiado y solo con Resolución 30 de noviembre del año 2015 GNR 388035 se conoció realmente su condena en concreto, es por esto que aquí el objeto no fue superado, es decir, aquí el objeto nunca fue estudiado y la manifestación suya señora Juez es que se debió haber solicitado de manera conjunta, lo cual no extingue el derecho y la solicitud de percibir si existió si o no demora que en este caso por mas que mi cliente solicito desde el año 2010 su solicitud de vejez, solo la hasta el 30 de enero del año 2016 se le vino entregando, es decir, mi cliente tuvo 6 años de perjuicio esperando se le reconociera su pensión y su retroactivo pero los intereses moratorios no, por tanto el objeto no fue superado y es de libre escogencia si se debe solicitar de manera conjunta o de manera separada y ya di la explicación del porqué, él porque es que ni el juzgado ni el tribunal dieron la condena en concreto en su momento, solo lo estableció Colpensiones quedando al libre albedrío Colpensiones de pagar lo que creía debía efectuar entre eso el descuento en salud lo natural, lo cierto es que existió un perjuicio y ese perjuicio lo habla claramente el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ese objeto no fue superado porque nunca fue estudiado, hay que leer el fallo del juzgado, hay que leer el fallo del Tribunal y la mera solicitud por el hecho de que no se solicitó en su momento de manera conjunta no es pretexto para establecer si una persona estableció un perjuicio, real, material frente a la tardanza del pago de las mesadas pensionales en su momento.

Es por eso que le suplico al Honorable Tribunal estudie y revise este caso pues el perjuicio es notable al manifestar que 6 años sin pensión duro mi cliente y todo por error establecido por parte de Colpensiones porque no se efectuó un estudio concreto de la historia laboral y en el cual el estudio de la pensión se refirió precisamente a ese error que tuvo Colpensiones al negar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Acuerdo 049 de 1990, el Decreto 758 del mismo año, el Acto Legislativo 01 del 2005, entonces el hecho de no haber solicitado en su momento los intereses moratorios es basado precisamente en demostrar que no existió una condena en concreto para establecer que ahora teniéndolo pero solo por parte de Colpensiones debe generarse el estudio de los intereses moratorios a partir del cuarto mes del momento de la solicitud que fue en enero del año 2010 y hasta el momento del pago que fue en el año 2016, esos intereses deben ser pagados sobre el capital pagado del retroactivo pensional. Así dejo sentando los alegatos gracias señora Juez.

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 la demanda (Archivo 1 expediente digital página 6), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las páginas 4 y 5 ibidem,** dirigidas principalmente a que se concedan y paguen de manera efectiva los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el injustificado y tardío reconocimiento de la pensión, a partir del 16 de agosto del 2010 (4 meses después de elevada la petición de reconocimiento) y hasta el 1° de enero del 2016 fecha efectiva de pago Resolución GNR 388035 del 30 de noviembre del 2015, costas procesales y la indexación de los valores reconocidos. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas. Lo anterior tras estimar, que la demandante si bien tendría derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios- sobre las mesadas pensionales causadas desde el 01 de junio de 2010 y hasta el 01 de enero de 2016, data en que la encartada canceló el retroactivo pensional, la accionante tan solo elevó reclamación administrativa solicitando el pago de los intereses de mora el día **15 de noviembre de 2016**, esto es, con posterioridad a la fecha en que Colpensiones ya había cumplido con su obligación, considerando que los intereses moratorios debieron solicitarse de manera conjunta con la pensión de vejez dado que pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que para la fecha en que la entidad tuvo conocimiento de la solicitud de intereses de mora las mesadas pensionales causadas a favor de la señora Cortes Castañeda ya se encontraban reconocidas mediante resolución GNR 388035 del 30 de noviembre de 2015, señalando que no encontraba razón alguna para imponer condena por concepto de intereses moratorios, pues itera las mesadas pensionales fueron satisfechas con anterioridad a la reclamación administrativa.

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 GNR 388035 del 30 de noviembre del 2015 (*Archivo 1 expediente digital págs. 35 a 40*), por medio de

la cual “se reconoce una Pensión de VEJEZ en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA” en la que se constata, la enjuiciada reconoció la pensión de vejez a favor de la promotora del juicio a partir de 01 de JUNIO de 2010, en cuantía inicial de \$515.000, la cual se ingresó en la nómina del periodo 2015-12 que se pagó en el periodo 2016-01.

Establecido lo anterior, y conforme los motivos de la alzada, es menester precisar en relación con la procedencia del reconocimiento de los intereses moratorios, los mismos se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «(...) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)»<sup>2</sup>.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios<sup>3</sup> 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 demandante<sup>4</sup>, criterio reiterado recientemente por la Alta Corporación en sentencia SL3130-2020<sup>5</sup>, 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*

<sup>2</sup> Sentencia SL1681 de 2020.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

<sup>5</sup> En la cual, además, hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

*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 por la parte actora, pues conforme se dejó establecido en la sentencia judicial que otorgó el derecho pensional la demandante desde el 1° de junio del 2010 ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición (ver págs. 96 a 105 Archivo 1 expediente digital), de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración, como tampoco establecer que por no haber solicitado los intereses moratorios de manera conjunta con la pensión de vejez el derecho a los mismos se haya extinguido.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional inicial fue el 15 de abril del 2010 (*Documental expediente administrativo aportado por Colpensiones Archivos*“00124103000000041587098000101B”y“00124103000000041587098001901A”), no obstante el derecho a la pensión de vejez como fue definido en sentencia judicial tan solo se causó hasta el **1° de junio del 2010**, data en que consolidó las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 y se efectuó su última cotización, por ende el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, debe contarse desde esa calenda, el cual venció el **1° de octubre del 2010**, habiéndose producido el reconocimiento pensional hasta el 30 de noviembre del 2015 con la Resolución GNR 388035 con fecha de disfrute 01 de junio del 2010, cuyo retroactivo fue cancelado en enero del 2016 -ingreso a nómina-.

Sin embargo, y en aras de establecer la data desde la cual deben cancelarse dichos intereses moratorios, debe en este punto la Sala entrar a estudiar la excepción de prescripción propuesta oportunamente por Colpensiones<sup>6</sup>, advirtiéndose la reclamación de los intereses moratorios se dio solo hasta el **15 de**

---

<sup>6</sup> En la contestación de la demanda pág. 55 Archivo 1 expediente digital, la cual se admitió en auto del 7 de febrero del 2019 (pág. 79 ibidem)

**noviembre del 2016** (págs. 41 a 43 Archivo 1 expediente digital) acudiendo a la jurisdicción el 25 de septiembre del 2017 (Acta reparto pág. 45 ibidem). En ese orden y dado que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho a los intereses moratorios, 1° de octubre del 2010 -4 meses posteriores a la fecha en que se causó el derecho- y la data en que fueron solicitados (15/11/2016) transcurrió un lapso superior a los 3 años, es clara la procedencia del fenómeno prescriptivo, encontrándose prescritos los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas del 1° de junio del 2010 y hasta el 14 de noviembre del 2013 (3 años antes del reclamo 15/11/2016), por lo que se habrá de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

En ese orden de ideas, y dado que como se vio la actora si tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios, se revocará la decisión de primera instancia y su lugar se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 15 de noviembre del 2013 sobre las mesadas causadas desde esa data -15/11/2013- y hasta la fecha en que Colpensiones canceló el retroactivo de la pensión de vejez que lo fue en el mes de enero del 2016 -ingreso a nómina-.

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 de los citados intereses, de modo 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.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primera instancia conforme a lo considerado.

**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**

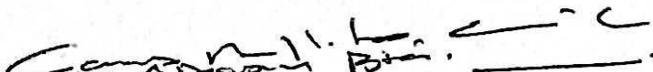
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante **MIRIAN BEATRIZ CORTES CASTAÑEDA**, los **INTERESES MORATORIOS** sobre las mesadas pensionales causadas entre el 15 de noviembre del 2013 y hasta el 30 de enero del 2016, los cuales se deben liquidar a partir del 15 de noviembre del 2013, 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: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción respecto de los intereses moratorios causados sobre las mesadas pensionales del 1° de junio del 2010 al 14 de noviembre del 2013, de acuerdo a lo considerado.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE PIÑEROS RAMÍREZ CONTRA SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S. (RAD28 2019 00516 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2022 (Exp. Digital: «11001310502820190051600s20220270799 04\_21\_2022 06\_32 PM UTC.mp4», récord 38:13), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante el señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ y la Sociedad SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S con vigencia entre el 1 de enero y el 15 de septiembre del año 2017, la cual finalizó por renuncia voluntaria del trabajador, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S pagar al demandante, al señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:*

- *Por la suma de trescientos sesenta y ocho mil ochocientos cincuenta y ocho pesos (368.858) por concepto de salarios causados entre el 1 al 15 de septiembre del año 2017.*
- *Por la suma de cuarenta y un mil quinientos setenta pesos (41.570) como auxilio de transporte para el período comprendido entre el 1 al 15 de septiembre del año 2017.*
- *Por la suma de cuatrocientos cinco mil ocho cientos sesenta y ocho pesos (405.868) por la diferencia causada por primas de servicios*
- *Por la suma de veintinueve mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos (29.448) por la diferencia causada por vacaciones.*

**TERCERO:** *CONDENAR a la demandada la sociedad SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S a pagar a favor del demandante el señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ, los conceptos y sumas del numeral anterior, debidamente indexados a partir del momento en que se hizo exigible la obligación, esto es, desde el 16 de septiembre de 2017, y hasta el momento en que se realice el pago, conforme las consideraciones de esta sentencia.*

**CUARTO:** *DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada denominadas inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada y falta de título y de causa en el demandante, y pago de los derechos legalmente causados, y NO PROBADAS las excepciones de compensación y prescripción.*

**QUINTO:** *ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.*

**SEXTO:** *COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (100.000) a favor de la parte demandante».*

Inconforme con la decisión, las partes apelaron la decisión.

Con ese propósito indica la parte actora, considera que el fallo no está ajustado a derecho por no haberse hecho una correcta valoración de las pruebas, haciendo referencia a que a fraude procesal y falsedad en testimonio en que incurrieron el representante legal y los testigos, por cuanto no coincide lo dicho en las deposiciones que hicieron con respecto al caudal probatorio que aportó el demandado. De igual modo, mostró inconformidad, con el no reconocimiento del trabajo que estuvo contenido en la relación laboral verbal y de ahí se formalizo un contrato que se anexo en la demanda, señalando, el despacho no quiso valorar ese contrato verbal y el pago de esas sumas dinerarias que se le adeudan al señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ y de igual modo, tampoco está conforme con la exoneración del pago moratorio, pues el despacho asume la buena fe y no corresponde a ninguna realidad, dado que en varias oportunidades el demandante solicitó el pago y no se procedió a ello, de modo, que se debe reconocer tal pretensión<sup>1</sup> (Récord 40:48, ib.).

---

<sup>1</sup> «El apoderado de la parte demandante considera que el fallo no está ajustado a derecho, el juzgado no hace una correcta valoración de las pruebas y que aparte de las acciones que se harán en el presente recurso, también se iniciaran las acciones penales correspondientes por el fraude procesal y la falsedad en testimonio que incurrió el representante legal y los testigos por cuanto no coincide lo dicho en las deposiciones que hicieron con respecto al caudal probatorio que aportó el demandado; razón por la cual no estoy conforme con el fallo y razón por la cual llevaré la apelación para que sea el superior quien dirima los derechos que han sido desconocidos al trabajador.

No estamos conformes tampoco con el no reconocimiento del trabajo que estuvo contenido en la relación laboral verbal y de ahí se formalizo un contrato que se anexo en la demanda y pues el despacho no quiso valorar ese contrato verbal y el pago de esas sumas dinerarias que se le adhieren al señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ, tampoco estamos conformes con la exoneración del pago moratorio pues el despacho asume la buena fe y no corresponde a ninguna realidad, en varias oportunidades el señor Ramírez solicitó el pago y no procedió ese pago, entonces también se pedirá que el superior reconozca la mora del pago de las acreencias laborales, en ese sentido sería la sustentación pero presentare el recurso de apelación de manera escrita».

A su turno, el apoderado de la demandada apeló la decisión en procura de que sean revocadas las condenas impuestas, pues deben tenerse en cuenta el testimonio del señor Carlos Bedoya, quien manifestó que al señor PIÑEROS se le cancelaron todos los conceptos, pues él, es un profesional encargado en el área de contabilidad dando fe sobre el pago de todos los conceptos en la relación laboral, siendo evidente que la parte demandada ha obrado de buena fe durante toda la relación laboral, en atención a ello afilio al señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ a seguridad social, se le cancelaron sus salarios y se le cancelaron los conceptos de prima y vacaciones liquidados sobre los factores salariales que las partes definieron<sup>2</sup> (récord: 43:55, 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 JORGE PIÑEROS RAMÍREZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda vistas a páginas 8 a 10 del archivo «01Cuaderno1.pdf», las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 6 y 7, ib., aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 01 de abril de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2017 y que la accionada no pagó las obligaciones derivadas de dicha contratación. En consecuencia, se condene al demandado a reconocer y pagar a su favor 15 días de salario del mes de septiembre de 2017, el auxilio de transporte, las cesantías, primas de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, la indexación de las sumas adeudadas, sanción 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 cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo con SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S. entre el 1° de enero y 15 de septiembre de 2017, el cual finalizó por renuncia voluntaria del**

---

<sup>2</sup> «Muchas gracias señora Juez, entonces ante el fallo de instancia respetuosamente interpongo el recurso de apelación para que el honorable tribunal superior de este distrito judicial sala laboral revoque las condenas a que fue sujeta la demandada concretamente las contenidas en los numerales segundo y tercero en los siguientes hechos y consideraciones: el a quo a pesar del análisis contencioso sobre el debate probatorio en la primera instancia debería tener en cuenta la parte testimonial abogada por el contador, el señor Carlos Bedoya, al manifestar que al señor PIÑEROS se le cancelaron todos los conceptos, él es un profesional encargado en el área de contabilidad que dio fe en esta constancia sobre el pago de todos los conceptos en la relación laboral, es evidente que la parte demandada ha obrado de buena fe durante toda la relación laboral en atención pues se afilio al señor JORGE ENRIQUE PIÑEROS RAMIREZ a seguridad social, se le cancelaron sus salarios y se le cancelaron los conceptos de prima y vacaciones sobre los cuales fueron liquidados sobre los factores salariales que las partes definieron que tenían tal alargue; en los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación, sin antes interpretar y solicitar respetuosamente al despacho que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora se declare desierto en atención que no reúne los requisitos del código procesal laboral, en atención que no tenemos un carácter prevalente donde principia o donde ostenta los principios concretamente de la oralidad, por tanto, debería haber sustentado conforme al artículo 65 del estatuto de procesal laboral, muchas gracias señora Juez».

trabajador. En consecuencia, condenó al pago de salarios insolutos del 1 al 15 de septiembre de 2017, auxilio de transporte, diferencia por prima de servicios y vacaciones, todo ello, debidamente indexado y absolviendo de las demás pretensiones. Lo anterior, tras considerar que, con las pruebas recaudadas, se encontraba probada la existencia del contrato de trabajo en los extremos antes indicados, pero no respecto del tiempo solicitado desde el año 2014, dado que no se demostró la prestación personal del servicio de la actora a favor de la convocada a juicio, desestimando una certificación aportada al proceso frente a la cual hubo oposición por parte de la demandada y, se demostró que quien la suscribió si bien era empleada de la empresa, no estaba facultada para tal fin; que eventualmente el actor, habría prestado el servicio en favor del representante legal de la misma como persona natural, pero no fue vinculado al proceso en tal calidad. 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, dado que no se demostró con precisión la prestación personal de servicios del actor en periodos anteriores. En ese sentido, encontró que la demandada no había pagado la totalidad del salario del mes de septiembre de 2017, incluyendo el auxilio de transporte, así como que, si bien se pagaron primas de servicios y vacaciones, estas se encontraban liquidadas de manera incorrecta, surgiendo diferencias a favor del actor entre lo pagado y el valor que debió reconocerse, por ende, había lugar a ordenar el pago por concepto de esas diferencias, precisando no había discrepancia en que el mismo ascendía al mínimo legal. Asimismo, respecto a la sanción moratoria explicó, si bien logró determinarse la deuda a cargo de la demandada por conceptos de salarios prestaciones sociales y vacaciones a favor del señor Piñero Ramírez, lo cierto es que no se observa que la convocada haya dejado de pagarlos por una clara intención de sustraerse en ello, es decir, con mala fe. Por el contrario, la intención que se demuestra por parte de la demandada la finalización del vínculo laboral estuvo representada en la voluntad de sufragar al ex trabajador los conceptos que consideró la sociedad encartada, debía en ese momento al actor.

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 SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S., por lo menos, entre el 01 enero de 2017 y el 15 septiembre 2017. Descartándose en esas circunstancias, cualquier debate sobre la prestación personal del servicio del actor en favor del demandado en ese lapso, pues fue una conclusión a la que arribó el juez de primer grado no impugnada por las partes.

Ahora bien, si bien no es un modelo a seguir, el recurso de alzada propuesto por el demandante, entiende la sala se circunscribe a solicitar el contrato de trabajo en los términos solicitados desde la demanda, es decir con un extremo inicial distinto al fijado por la *a quo*, ya que, para la recurrente se configuró previamente a través de un contrato verbal desde el 01 de abril de 2014, que fue formalizado con el concedido por la *a quo*, desde el 01 de enero de 2017 hasta el 15 septiembre del año 2017. Así también, de acuerdo a la apelación propuesta por la accionada, se establecerá si la accionada demostró el pago de las acreencias concedidas en primer grado y si hay lugar a la sanción moratoria.

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 al 01 de enero de 2017, 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.

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

En 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, al expediente se incorporó una certificación laboral expedida por la señora KATHERINE MARTÍNEZ GÓMEZ el 28 de junio de 2018 (pág. 62, *ibidem*), en los siguientes términos:



Tal documento fue desconocido por la accionada y se propuso el respectivo incidente de desconocimiento de documentos, frente al cual, al correrse traslado al apoderado de la parte actora, nada se dijo, frente a lo cual de decretaron las pruebas aportadas y esgrimió la juez a quo, dejaría la valoración de la misma para el momento de dictar sentencia valorándola con las pruebas aportadas, a lo cual, encontró desvirtuada, demostrándose 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, la cual en todo caso, también fue desvirtuada con la documental relacionada con el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la señora JULYT KATHERINE MARTÍNEZ GÓMEZ y la accionada, para desempeñar el cargo de Asistente Comercial desde el 16 de mayo de 2017; así como su renuncia al cargo a partir del 03 de octubre de 2018 (págs. 106 a 110, ib.); los Manuales de Descripción de los cargos de Asistente Comercial y Directora Administrativa (págs. 111 a 116, ib.) y la certificación expedida por el señor MILTON BERNAL CÁRDENAS, en calidad de Coordinador HSEQ de la accionada SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S., donde se indican que las funciones de la Directora Administrativa (pág. 117, ib.) incluso con los testimonios de los señores MILTON BERNAL CÁRDENAS y DIANA LUCÍA CORDERO SÁNCHEZ también quedó demostrado que, según el cargo desempeñado, la señora Martínez Gómez no estaba habilitada para suscribir ese tipo de certificaciones.

En efecto, el señor MILTON BERNAL CÁRDENAS, mencionó que labora para la accionada desde enero del año 2017 hasta la fecha siendo el responsable del Sistema Integrado de Gestión, por tal razón, conoció al demandante Jorge Enrique Piñero Ramírez, quien ocupaba el cargo de mensajero desde enero del año 2017 hasta septiembre del mismo año. Manifestó, respecto a la certificación suscrita por la señora Katherine, precisó que en su momento la persona que estaba encargada de hacer ese tipo de certificaciones era la directora administrativa en cabeza de la señora Andrea Vega, tal como constaba en el sistema integrado de gestión y de acuerdo al manual de funciones específicas del cargo, no le correspondía a la competencia a Katherine realizar ese tipo de certificación, ni tampoco el modelo que tienen implementado para el tema de control documental. Mencionó, que para el momento en que se implementó el sistema de gestión, no se tenía establecida un área de Recursos Humanos; que él capacitó a la señorita Katherine Martínez por tema de requerimiento legal, donde se les pide que se haga una inducción y/o reinducción al cargo basado en aspectos generales del sistema y en específico funciones y responsabilidades del cargo. Que el cargo que desempeñaba la señora Katherine Martínez desempeñaba un cargo el área comercial como asistente comercial. Explicó que él hizo el diseño del organigrama, el cual establece el orden jerárquico de la organización; además, el formato en el que se hizo la certificación no corresponde al de gestión documental diseñado para certificación laboral, además los logos utilizados en esa certificación tampoco los tienen de esa manera y para esa época no tenían direcciones, ni tampoco departamento de Recursos Humanos, y tampoco tenía competencia para firmarla, sino que lo era la directora administrativa. Agregó, no saber si antes de la fecha en que él se vinculó la empresa, esta se dedicaba al transporte.

Mientras que la señora Diana Lucía Cordero Sánchez, manifestó conocer al demandante porque ella laboró para la demandada desde el mes de noviembre del año 2016 y hasta el mes de enero de 2018, donde desempeñó el cargo de Auxiliar Contable, mientras que el demandante laboró como mensajero y manejaba transporte en la noche como conductor elegido, precisando, el objeto social de la empresa era el servicio de transporte especial, manejaban ruta de hospitales, de conductor elegido, tenían distintas rutas de empresas con aeropuertos. Indicó que al actor le cancelaban el salario mínimo más rodamientos de la moto, añadiendo, que no le cancelaron la liquidación, pese a que ella en su momento la calculó y se la pasó a la Gerente, la señora Andrea, quien era la que autorizaba el pago, precisó en esa liquidación que ella proyectó con los descuentos autorizados, aún le quedaba

saldo a favor del actor, pero no sabe por qué no se pagó. Agregó que la señora Julieth Katherine Martínez Gómez era Asesora Comercial, también recibía a los conductores, que al ella estaba trabajando con la implementación del Sistema de Gestión de Calidad HSEQ.

De la valoración de los anteriores medios probatorios, estima la Sala, que además de haberse desvirtuado la aludida certificación laboral, no es posible establecer que el actor haya prestados sus servicios desde el año 2014. En todo caso, procede la Sala a verificar con las restantes pruebas aportadas, si la relación laboral, en efecto comenzó desde el 1° de abril de 2014. Al efecto, se tienen las siguientes pruebas:

- Estados de cuenta del actor, con la entidad bancaria AV VILLAS entre los meses de abril de 2014 y marzo de 2017 (págs. 39 a 61, ib.).
- De igual manera, contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el demandante y la accionada SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S., en el cargo de MENSAJERO CON MOTO, con fecha de iniciación 01 de enero de 1997, cuyo salario se fijó en el mínimo legal mensual vigente (págs. 92 a 95, ib.).
- Comunicación de fecha 15 de septiembre de 2017, suscrita por el actor informando de su renuncia irrevocable al cargo de mensajero a partir de esa data (pág. 96, ib.).
- Liquidación final de prestaciones sociales, con base al salario mínimo legal mensual vigente y a la cual se aplicaron descuentos por anticipo de nómina y préstamo (pág. 97, ib.).
- Comprobante de egreso de fecha 23 de febrero de 2017 y recibo de caja por concepto de anticipo de nómina del 16 al 28 de febrero de 2017, suscrito por el demandante (págs. 98 y 99, ib.).
- Autorización de descuentos sobre salarios y liquidación de prestaciones sociales por préstamos, suscrita por el señor Jorge Piñeros, sin fecha (pág. 100, ib.).
- Constancia suscrita por el contador y el representante legal de la demandada, donde se indica, la empresa para los años 2014 a 2017 no contaba con vehículos a su nombre (Pág. 101, ib.).
- Organigrama de la empresa y contrato de compraventa suscrito entre el demandante y el señor Carlos Julio Niño, donde el primero, adquiere al segundo un vehículo el 12 de octubre de 2016 (págs. 118 y 163 ib.).

Respecto a la prueba testimonial orientada a verificar dichos extremos, el señor CARLOS EMILIO BEDOYA TORRES, manifestó, presta sus servicios para la sociedad demandada como contador público externo desde octubre del 2016 a la

fecha de la diligencia; que conoció al señor Piñeros por haber laborado allí en el año 2017. Señaló el testigo, que cuando llegó a la empresa era muy pequeña, estaba apenas creciendo y el personal eran 3 o 4 personas. Que, durante el tiempo de la relación laboral, al actor se le cancelaron las acreencias laborales por parte de la *señora Andrea* y no sabe porque terminó el contrato, como tampoco sabía si antes del año 2017 el actor había tenido alguna relación laboral o de otro tipo con la empresa. Agregó, según la relación de bienes de la empresa para el año 2014, la empresa no tenía vehículos a su nombre; que el permiso de la Superintendencia de Puertos y Transporte para que la empresa funcionara, le fue otorgado para el mes de febrero de 2016, de modo que antes no podía prestar el servicio de transportes especiales de pasajeros.

Por su parte la señora JESSICA ANDREA TRIANA CASTILLO, quien dijo conocer al demandante desde el año 2014, porque fueron compañeros de trabajo, además que es compañera sentimental del actor dos años después de haberse conocido. Recordó que trabajaron en el barrio Modelia, ella trabajaba para una empresa de transporte y allí está ubicado el operador logístico SCA Soluciones Express, desde el mes de marzo de 2014, lo cual recuerda porque para esa fecha ella había entrado unos 15 o 20 días antes de conocer al señor demandante, quien «*era el conductor de una camioneta de don Julio*». Mencionó que ella trabajó para la demandada hasta septiembre del año 2017 en el cargo de recepcionista manejando el tema de extractos, de contrato, recibía pagos de rodamiento, se encargaba del tema del Ministerio de Transporte y que cuando tuvo la oportunidad de trabajar con el actor en el 2017, era la persona que programaba los servicios de transporte y trabajaba con él en el tema de conductor elegido, pues él era mensajero y también trabajaba como conductor elegido en SCA SOLUCIONES. Que para el año 2014, el señor Jorge era conductor de una camioneta del señor Julio, quien le trabajaba para ese momento a una empresa que se llamaba Trans Colombia y transportaba pacientes de Sanitas, pero no sabía si el vehículo tenía alguna relación con la demandada, cree que estaba a nombre del señor Julio y al demandante lo programaban para transportar pacientes, de ahí pasó a trabajar en el Canal Claro transportando personal de ese canal en la misma camioneta. Que el señor Jorge Enrique prestó sus servicios en esa camioneta hasta aproximadamente en los años 2015 y 2016, luego de ello se formalizó con la empresa demandada, entrando el actor a trabajar como mensajero, radicaba trámites de tránsito y hacia temas de mensajería. Indicó de otra parte, que conoció a la señora Julia Katherine Martínez Gómez porque trabajó con ella en la empresa demanda, quien manejaba el tema de Recursos

Humanos, cuando entraba al personal nuevo se encargaba de recibir documentación, realizar afiliaciones, certificaciones laborales, ella verificaba toda esa información y emitía certificaciones laborales. Que cuando ella llegó a trabajar a la demandada, SCA SOLUCIONES era un operador logístico para otra empresa que era una empresa habilitada en el Ministerio de Transporte, pero no contaban con contratos para vinculación de camionetas, en cambio SCA Soluciones si los tenía.

De igual modo, el actor rindió interrogatorio de parte, donde mencionó que comenzó a laborar con la accionada desde el 01 de abril de 2014 hasta el 15 de setiembre de 2017, cuando renunció voluntariamente. Expresó, que le pagaron salarios desde el mes de enero de 2017 hasta el mes de agosto de ese mismo año, pero del 1° al 15 de septiembre de 2017, no se los pagaron. Que la empresa nunca le puso de presente liquidación final de prestaciones sociales, las cuales tampoco le han pagado. De igual modo, si bien en principio indicó que no recordaba si había solicitado anticipo de nómina, sí admitió que la empresa se hizo un préstamo para adquirir una motocicleta, así como que autorizó para que la empresa le efectuara los respectivos descuentos.

A su turno, el representante legal de SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S., señor CARLOS JULIO NIÑO JIMENEZ, en interrogatorio de parte, expresó que la empresa celebró contrato de trabajo con el señor Jorge Enrique Piñeros Ramírez en enero del año 2017 a septiembre del mismo año, negando que haya prestado con anterioridad otro servicio para la empresa a la fecha indicada. Dijo haber conocido al actor en el año 2014 por circunstancia de una relación comercial, donde existía un vínculo con un vehículo de su propiedad de placas TUN-523, siendo el señor Jorge Piñeros el administrador y tenedor del vehículo en esa época, porque prestaba servicios de transporte a diferentes usuarios. Agregó que el objeto social de SCA SOLUCIONES EXPRESS S.A.S. se generó a partir del año 2016, donde la empresa fue habilitada como empresa de transporte, pero antes del año 2016 era una empresa de logística que vendía carros. Que, en esa época, no recibía un salario fijo, sino comisionaba o recibía la utilidad de los servicios prestados por su camioneta. Adicional a ello, señaló haber realizado un contrato de compraventa con el señor Jorge Piñeros por el vehículo de placas TUN-523, pero el vehículo se encuentra en su posesión debido a que el señor Jorge Piñeros realizó la restitución porque no realizó el pago de las cuotas de ese vehículo. Que entre el 1° de enero de 2017 al 15 de septiembre de 2017 realizaba labores de mensajero. Respecto a

la certificación laboral suscrita por la señora Katherine Martínez Gómez, indicó que, si bien el logo y sello eran de la empresa, desconocía tanto la firma como certificación porque no era la pro forma utilizada para tal fin y no estaba expedida por la persona autorizada para suscribir ese tipo de certificación, que era la Directora Administrativa. Tampoco sabía el motivo por el cual fue expedida la certificación, la cual conoció con ocasión del presente proceso.

Analizados 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, principalmente de la prueba testimonial conjuntamente verificada con las documentales agredas, no es posible concluir que el demandante prestara sus servicios para la accionada desde el 01 abril de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, ni siquiera con los testimonios de las señoras Diana Lucía Cordero Sánchez y Jessica Andrea Triana Castillo, ésta última compañera sentimental del actor. La primera desde luego que no podía dar fe de la presunta prestación porque comenzó a laborar para la accionada desde el mes de noviembre del año 2016 y la segunda, si bien anotó que había laborado para la empresa, lo cierto es que deja entrever que el actor prestaba presuntamente sus servicios para el representante legal de la accionada, señor CARLOS JULIO NIÑO, pero no para la empresa pues para la época apenas funcionaba como un parque logístico y no tenía licencia para prestar servicios de transporte.

Incluso del interrogatorio de parte absuelto por el actor, en conjunto con dichos testimonios, lo que se deja entrever es que la relación laboral se dio inicialmente con el representante legal de la accionada como persona natural y luego con la persona jurídica demandada, empero, tal planteamiento no podía ser objeto de estudio, dado que, desde la presentación de la demanda la solicitud contractual laboral se solicitó únicamente respecto de la aludida sociedad, sin que al proceso haya sido convocado como demandado 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 en este puntualísimo aspecto, pues resultaría evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Establecido lo anterior y para resolver las apelaciones relacionadas con el pago de salarios y prestaciones sociales, así como la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, respecto del contrato verificado para el año 2017, debe decir la Sala, que si bien se aportó copia de una liquidación de contrato de trabajo, donde por cierto, se observa arrojó un valor negativo, luego de aplicarse descuentos por concepto de préstamo y anticipo de nómina a favor del actor; empero, lo cierto es que la misma no se encuentra suscrita por ninguna de las partes y el actor negó incluso que se la hayan puesto de presente, desconociéndola; más aún, que en la misma no se incluyen los quince días de salario del mes de septiembre de 2017 más auxilio de transporte (\$410.428), los cuales afirmó el actor no le fueron pagadas, afirmación indefinida que le correspondía desvirtuar a la accionada y desde luego no fue demostrado, ni siquiera con lo certificado y expuesto por el contador de la accionada, pues sus afirmaciones no se encuentran soportados en otros medios de prueba.

En ese orden, como el demandante alega no le pagaron su liquidación final y la accionada sólo se limita a indicar no adeuda nada al actor, sin que las diferencias en favor del actor en primera instancia hayan sido objeto de apelación en esta instancia, no queda otro remedio sino el mantenerlas incólumes, razón por la cual se confirmará este aparte de la sentencia.

En lo que tiene que ver con la petición de sanción moratoria, la Sala laboral de la Core Suprema de Justicia ha precisado de forma reiterada que:

*«Esta Sala de la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe (SL8216-2016).*

*Igualmente, se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente,*

*tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016)».*

En el presente asunto, advierte la Sala, el argumento de defensa de la traído a juicio durante todo el proceso fue la afirmación de que la contratación ocurrió entre el enero y setiembre de 2017, lo cual se pudo corroborar en la presente causa y que se abstuvo de pagar la liquidación final de prestaciones sociales, en el entendido que el actor adeudaba igualmente a la empresa préstamos y anticipos de nómina, de modo que una vez le practicó la liquidación, con lo adeudado, estaba bajo el convencimiento de que por ser mayor la deuda, no debía pagarle nada a su ex trabajador.

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición del llamado a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta Corporación a la luz de las leyes del trabajo, aspecto que apenas se vino a dilucidar a través del presente litigio, pero atendibles por cuanto ubican al encartado en el terreno de la buena fe, dado que las razones expuestas, se itera, aunque no compartidas, sí justifican la omisión del pago de prestaciones sociales, razones similares a las que arribó la juez a quo, imponiéndose su confirmación.

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,

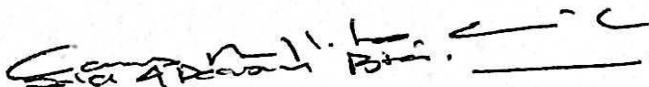
## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** de 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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HAROLD SANTOS ACEVEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 28 2019 00770 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de septiembre del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 5 expediente digital récord:1:09:05*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HAROLD SANTOS ACEVEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad del día primero de noviembre de 1997, por intermedio de la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor HAROLD SANTOS ACEVEDO quien se identifica con la cédula de ciudadanía 19.251.591 a COLPENSIONES.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que active la afiliación del aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar la historia laboral.

**CUARTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

**QUINTO:** Las costas de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA y COLPENSIONES, se señalan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de cada una a favor del demandante.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, en cuanto le resultó totalmente adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.”

Inconforme con la COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiendo la parte actora conforme al Decreto 2241 no tuvo una adecuada atención y revisión de su negocio jurídico. Expresa la responsabilidad objetiva directamente endilgada a s representada no exonera en ningún momento a quienes generaron el daño, esto es la parte demandante y los fondos privados para poder generar esta ineficacia de traslado, aunado a que para el momento en que el traslado se realizó no era exigible a los fondos privados realizar un nivel de asesoría como se expuso en la sentencia, por lo cual en su sentir no es exigible una documentación diferente o externa a la allegada dentro de este proceso.

Por último indica que en las relaciones contractuales de la parte demandante y los fondos privados, Colpensiones es totalmente externo a este negocio jurídico y no puede verse afectado en tener que recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad financiera del régimen de prima media, la cual se encuentra reforzada por el principio constitucional plasmado en el Acto Legislativo 01 del 2005 (*Audio archivo 5 expediente digital, récord: 1:11:58*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Su señoría no estando conforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la siguiente manera:

Debe tenerse presente que los argumentos imprimidos en la sentencia no tomaron en cuenta algunas reglas aplicables adentro de las relaciones contractuales adquiridos por la parte demandante, lo cual para la resolución del caso se debe tener en cuenta por parte del Tribunal los siguientes aspectos.

En primera medida las obligaciones que tenía el trabajador conforme el decreto 2241 presentándose en este caso que el consumidor financiero en el tiempo no tuvo una adecuada atención y revisión de su negocio jurídico.

En segunda medida la responsabilidad objetiva directamente endilgada a mi representada no exonera en ningún momento a quienes generaron el daño, esto es la parte demandante y los fondos privados para poder generar esta ineficacia de traslado.

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 8 y 9, archivo 1 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 4 a 8 ibídem), aspirando de manera principal se declare la anulación por ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene el traslado a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, se ordene a Porvenir (fondo de afiliación actual), la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de mesadas, condenar a Porvenir en caso de haberse otorgado previamente la pensión al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a la litis, seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo demandando todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional, costas del proceso que incluyan las agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS el 1 de noviembre de 1997, en consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR actual administradora donde se encuentra el actor, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual y ordenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral. Lo anterior tras**

---

Tercero, en el momento en que el traslado se realizó, no era exigible a los fondos privados realizar un nivel de asesoría como lo expuso las sentencias de la Corte Suprema, por lo cual no es exigible una documentación diferente o externa a la allegada dentro de este proceso.

Por último, en las relaciones contractuales de la parte demandante y los fondos privados, Colpensiones es totalmente externo a este negocio jurídico, no puede verse afectado en tener que recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad financiera del régimen de prima media, dicha estabilidad se encuentra reforzada por el principio constitucional, el cual se plasmó en el Acto Legislativo 01 del 2005, es por lo anterior su señoría que solicitó muy amablemente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la anterior sentencia y mantener incólume el traslado realizado por la parte demandante en su momento con el régimen de ahorro individual con solidaridad, muchas gracias.

considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada SKANDIA no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, ni se le explicó las consecuencias de su traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de agosto de 1954 (*Página 108, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR el 3 de septiembre del 2019, OLD MUTUAL el 5 de septiembre del 2019 y ante COLPENSIONES el 12 de septiembre del 2019 (*Páginas 86 a 89, 90 y 97 archivo 1 Expediente Digitalizado*), 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 563 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 10 años, 11 meses y 11 días (*Página 84, archivo 1 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional*) y tenía 39 años de edad cumplidos, 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.

---

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

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 **8 de septiembre de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1997** (Página 64 y 399, archivo 1 expediente digital) por afiliación que hiciera a PENSIONAR hoy SKANDIA, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.*

*Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>3</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o 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**

<sup>3</sup> 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 del actor al fondo accionado SKANDIA antes PENSIONAR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

*Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es*

---

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 accionante<sup>5</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1997, en su lugar de trabajo se hizo una reunión general por parte de hoy

---

<sup>5</sup> Audiencia 2 de mayo de 2022, récord 13:22

SKANDIA, quienes en una reunión colectiva les sugirieron el traslado a esa administradora argumentando que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar; pero no se les informó de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

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 PENSIONAR hoy SKANDIA (*Página 64 Archivo 1 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 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 SKANDIA 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 SKANDIA antes PENSIONAR 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 antes PENSIONAR, omitió en el momento del traslado de régimen (8 de septiembre de 1997 , efectivo el 1º de noviembre de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y

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

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 la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Archivo 1 expediente digital página 399*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibídem*).

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

*“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser*

*posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

*Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

*Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.”*

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (ver certificación páginas 92 y 419 archivo 1 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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 en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior,

SKANDIA también debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente tanto ésta como PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>6</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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 COLPENSIONES<sup>8</sup> (Página 294, archivo 1 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 16 de julio del 2021, archivo 1 expediente digital página 441.

## RESUELVE

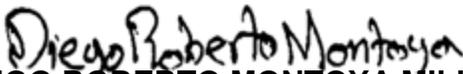
**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, igualmente deberá retornar junto con PORVERNIR S.A., las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

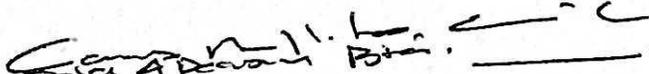
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMILO LOZADA MUÑOZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 28 2020 00229 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 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 la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de septiembre del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 17 expediente digital récord: 48:30*), en la que se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el señor CAMILO LOZADA MUÑOZ al régimen de ahorro individual*

*con solidaridad de fecha 1° de abril de 1997, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor CAMILO LOZADA MUÑOZ quien se identifica con la cédula de ciudadanía 19.327.217 a COLPENSIONES.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que active la afiliación del aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.

**CUARTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos que fueran propuestos por el extremo demandado.

**QUINTO:** Las costas de esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se señalan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, en cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES la apeló, señalando existir obligaciones en cabeza de la parte demandante conforme lo dispone el Decreto 2241 del 2010, presentándose dentro de este proceso un silencio del consumidor en el tiempo, por no tener una adecuada atención y revisión de sus negocios jurídicos.

Aduce que el recibir a la parte demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento a quienes generaron este año para poder responder por él mismo, y más cuando para el momento del traslado no era exigible una documentación diferente o distinta a la alegada por la parte demandada, esto es el formulario de afiliación.

Indica que Colpensiones era totalmente externo de este negocio jurídico y no puede verse afectado al tener que recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que está generaría una afectación a la estabilidad financiera en el tiempo del régimen de prima media, solicitando revocar la sentencia y mantener incólume

la afiliación del demandante con su fondo privado (*Audiencia virtual, 26 de septiembre del 2022 récord: 50:28<sup>1</sup>*)

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

## CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Página 6, archivo 5 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 5 *ibídem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación efectuada en abril de 1997, en consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar todos y cada uno de los aportes pensional realizados, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses y los rendimientos y a COLPENSIONES aceptar dicho traslado, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor y se condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual.**

---

<sup>1</sup> Su señoría no estando conforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permitió interponer el recurso de apelación el cual sustentare de la siguiente manera:

Debe tener de presente que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tuvieron en cuenta las reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, así es que se debe tener en cuenta para la resolución del caso por parte del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral los siguientes aspectos para su resolución.

En primera medida, las obligaciones que estaban en cabeza de la parte demandante conforme decreto 2241 del 2010, presentándose dentro de este proceso un silencio del consumidor en el tiempo, por no tener un adecuado atención y revisión de sus negocios jurídicos, por lo cual debe tenerse entonces presente para el desarrollo.

En segunda medida, la responsabilidad objetiva endilgada directamente a mi representada, al tener que recibir a la parte demandante en el régimen de prima media, no exonera en ningún momento a quienes generaron este año para poder responder por él mismo, esto es la parte demandante y el fondo privado, también en el momento en el traslado no era exigible una documentación diferente o distinta a la alegada por la parte demandada, esto es el formulario de afiliación, por lo cual los argumentos esgrimidos en sentencias de la Corte Suprema no podrían ser aplicables dentro de este caso, también entre las relaciones legales entre el demandante y el fondo privado, Colpensiones era totalmente externo de este negocio jurídico y no puede verse afectado al tener que recibir la carga prestacional del demandante, toda vez que está generaría una afectación a la estabilidad financiera en el tiempo del régimen de prima media, con lo anterior su señoría le solicitó muy amablemente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la anterior sentencia y mantener incólume la afiliación de la demandante con respecto a su fondo privado, muchas gracias.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 23 de febrero de 1957 (*Conforme se registra en la copia de su cedula de ciudadanía obrante en el Expediente Digital Archivo 2*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 9 de marzo del 2020 (*páginas 2 a 9 Archivo 2 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 48.14 semanas cotizadas al sistema que equivalen a 11 meses y 7 días (*Historia Laboral válida para bono pensional, Archivo 10 expediente digital página 41*) y tenía 36 años de edad cumplidos, 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.

---

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

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 **26 de febrero de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1997** (Páginas 55 y 61, archivo 10 expediente digital) por afiliación que hiciera a la AFP PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.*

*Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>3</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o 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**

<sup>3</sup> 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 del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>4</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

*Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de*

---

cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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 alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

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

(…)

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 actor (*Audiencia del 26 de septiembre del 2022, Récord: 11:45*), 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 empresa donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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 55 Archivo 10 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de

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

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

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

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

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

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

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

...

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

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una*

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de febrero de 1997, 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.

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

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 ordenado en primera instancia PORVENIR deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>5</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>6</sup>. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

---

<sup>5</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>6</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

*Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de*

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

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

***“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***

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

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

Advirtiéndose 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>7</sup> (Páginas 8 y 9, archivo 11 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

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

**PRIMERO: ADICIONAR** 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 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 el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

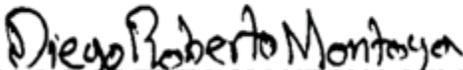
---

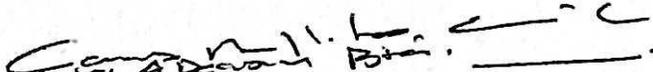
<sup>7</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 9 de abril del 2021, archivo 13 expediente digital.

**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

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESUS AMADO SABALZA SEPULVEDA CONTRA SEGURIDAD EL CONDOR LTDA. (RAD. 29 2021 00009 01).**

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

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

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de agosto de 2022 (récord 40:56, «012GrabacionSentencia.mp4»), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA y el demandante JESUS AMADO SABALZA SEPULVEDA existieron diversos contratos de trabajo con los siguientes extremos y devengado el salario mínimo legal vigente de cada anualidad. El primer contrato entre el 01 de julio de 2013 hasta el 01 de noviembre de 2013. El segundo entre el 01 de febrero de 2015 al 01 de junio de 2015. El tercero entre el 11 de marzo de 2016 al 10 de julio de 2016; y el último, entre el 13 de julio de 2019 al 02 de abril de 2020.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA a pagar al señor demandante JESUS AMADO SABALZA SEPULVEDA por concepto de prestaciones sociales las siguientes sumas.*

*Auxilio de cesantías \$446.517*

*Intereses sobre cesantías \$17.938*

*Prima de servicios \$446.517*

*Vacaciones \$223.258*

*Total de prestaciones sociales y vacaciones \$ 1.134.230.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA a pagar al demandante JESUS AMADO SABALZA SEPULVEDA la indemnización por terminación del contrato sin justa causa por valor de \$828.116.*

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA a indexar las sumas objetos de condena al momento de su pago según el IPC certificado por el DANE.

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA a pagar al señor JESUS AMADO SABALZA SEPULVEDA los intereses máximos de que trata el artículo 65 del C.S.T. sobre las prestaciones objeto de condena, como ya se explicó en la parte motiva, desde el 11 de julio de 2018 hasta que se realice el pago correspondiente.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA del resto de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEPTIMO: CONDENAR** a la demandada SEGURIDAD EL CONDOR LIMITADA a pagar las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000».

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando, si bien es cierto en la documental aportada por la demandada hizo mención a una liquidación de prestaciones sociales, con una fecha de ingreso de 13 de julio de 2019 y fecha retiro del 02 de abril de 2020. Sobre un valor de \$3.025.794, en dicho documento no obra firma o soporte de recibido de parte del demandante, tampoco soporte de consignación bancaria por este valor. De ahí, que, si bien tal documento indica que se declara a paz y salvo a Seguridad Condor, no hay firma ni soporte de recibo, razón por la cual, solicita se condene a la parte demandada al pago de la indemnización moratoria, por la falta de pago de la liquidación, por no existir soporte de recibo de ese dinero por parte del demandante<sup>1</sup> (récord: 43:14, 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 incoadas a páginas 6 y 7, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 1 a 3 del archivo «001Demanda.pdf»**

---

<sup>1</sup> «Muchas gracias señora Juez. Manifiesto al despacho que presentó recurso de apelación, en el sentido de que si bien es cierto en la contestación que... la documental que allega la empresa como contestación, hacen mención de una liquidación de prestaciones sociales, con una fecha de ingreso de 13 de julio de 2019 y fecha retiro del 02 de abril de 2020. Si bien es cierto discrimina unos emolumentos, en donde relaciona cesantías, intereses de cesantía, prima de servicios, vacaciones salarios, saldo nómina de abril 2019, nómina de mayo 2019. Otros, como cesantías e intereses de 2019, manifestando un valor de \$3.025.794 en el documento no obra una firma, un soporte recibido de parte del empleado, quien fungió como guarda de seguridad, del señor Jesús Amado Zabalza. Tampoco existe un soporte siquiera de una consignación bancaria por este valor, únicamente es un documento transcrito en formato computador, nos indica que es el folio 15 escrito, pero en el documento me da como 7, creo que es el 15. Entonces indica que ha pagado un valor y que declara a paz y salvo a Seguridad Condor, lo cual no resulta creíble para para la parte actora, toda vez que no hay un soporte de una firma, o sea, no hay un recibido. Razón por la cual, es que respetuosamente solicito se modifique esta parte y, en consecuencia, se condene a la parte demandada al reconocimiento, al pago más bien, de la indemnización moratoria tratándose de la falta de pago de la liquidación ya mencionada, teniendo en cuenta que no existe un soporte que indique que esos dineros fueron recibidos por el acá demandante».

**del expediente digital**, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal en el periodo del 01 de julio de 2013 al 02 de abril de 2020. En consecuencia, se condene al pago de salarios, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, sanción por no consignación de cesantías, vacaciones, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justas causas, la indemnización moratoria, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de varios contratos de trabajo entre el 01 de julio de 2013 hasta el 01 de noviembre de 2013, el 01 de febrero de 2015 al 01 de junio de 2015, del 11 de marzo de 2016 al 10 de julio de 2016 y del 13 de julio de 2019 al 02 de abril de 2020. Condenó al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indexación de las sumas y los intereses máximos de que trata el artículo 65 del CST sobre las prestaciones objeto de condena desde el 11 de julio de 2018 y hasta que se realice el pago. Lo anterior tras considerar, la Juez *a quo* que, si bien la parte actora solicitó un solo contrato de trabajo, según las pruebas aportadas se demostraron varias relaciones laborales, sin que se obrara en el plenario prueba en contrario; precisando, que conforme a la jurisprudencia, aunque no se demuestre esa existencia de un único contrato, si el juzgado encontraba que hubo varios contratos y que se le adeudan prestaciones, pues así debía declararlo, de modo que, encontró frente a los contratos del 1° de febrero 2015 a 1° de julio de 2015 y del 11 de marzo de 2016 al 17 de julio de 2016, no se habían liquidado ni pagado las acreencias laborales, por tanto ordenó su pago en los términos indicados. De igual manera, indicó que la accionada no probó la justa causa alegada para terminar el contrario en abril de 2020, siendo procedente la respectiva indemnización y, en lo que refiere a la sanción moratoria, frente al último contrato encontró que se había liquidado y probado el pago, precisando que era procedente respecto al contrato finalizado el 17 de julio de 2016, por no haberse demostrado la buena fe, empero como la demanda respecto a ese contrato se había interpuesto más allá de dos años, procedía el pago de intereses en los términos del artículo 65 del CST.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en el punto concreto 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*).

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre las vinculaciones laborales del demandante con la pasiva, como tampoco los extremos de estas y el salario, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche a lo largo del proceso, ni ante esta instancia. Al igual que los conceptos objeto de condena.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la procedencia de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA apelada por la parte demandante en lo que refiere al último de los contratos de trabajo, frente al cual alude, no se puede predicar el pago con los documentos aportados, solicitándose el pago de esta sanción en los términos del artículo 65 del C.S.T.

Sobre el tema, 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).*

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige, no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, «no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada», lo que «impone al juzgador auscultar en el elemento

subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo» (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio, se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En el caso de marras, parte actora solicita el pago de la misma indicado no se acredita el pago de las prestaciones causadas con ocasión del último contrato de trabajo, circunstancia que en todo caso, en sentir de la Sala, apareja el reclamo de estos valores, precisamente al esgrimir su no pago y bajo esa óptica, pasará la Sala a verificar si le asiste razón a la parte recurrente, debiéndose remitir a los aludidos documentos que reposan, específicamente la liquidación obrante a página 90 del archivo «005ContestacionSeguridadelCondorLtda.pdf», donde se evidencia el cálculo de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios, así:

	AÑO	MES	DIA	
FECHA DE INGRESO:	2019	7	13	
FECHA DE RETIRO:	2020	4	2	
	1	-3	-11	
TOTAL DIAS LABORADOS:				280
SALARIO BASICO				877.803
AUX. TRANSPORTE				102.854
EXTRAS Y RECARGOS				228.976
SALARIO BASE DE LIQUIDACION				1.209.633
CESANTIAS =				1.209.633 * 92 = 309.128
				360
INTERESES SOBRE CESANTIAS =				309.128 * 92 = 9.480
				3000
PRIMA DE SERVICIOS =				1.209.633 * 92 = 309.128
				360
VACACIONES =				1.106.779 * 260 = 399.670
				720
TOTAL LIQUIDACION :				1.027.407
SALARIOS	SALDO NOMINA DE ABRIL/2019			357.000
	NOMINA DE MAYO D 2019			1.080.000
OTROS	CESANTIAS E INTERESES 2019			561.387
DESCUENTOS				
TOTAL A PAGAR :				3.025.794 3.025.800
SON: TRES MILLONES VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS MICTE				
Así mismo declaro bajo la gravedad del juramento que la empresa SEGURIDAD EL CONDOR LTDA., con nit. No. 880.045.802-8 queda a Paz y Salvo por todo concepto, tales como: SALARIOS, VACACIONES, CESANTIAS, INTERESES SOBRE CESANTIAS, PRIMA DE SERVICIOS y demas Prestaciones a que tengo derecho, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 789 de 2002 Art. 29 Paragrafo 1 sobre pagos por cotización de Seguridad Social y Parafiscales				
EL EMPLEADO			EL EMPLEADOR	
C.C.				
DPTO. DE PERSONAL			DPTO. DE CONTABILIDAD	

Dicho documento, como se puede ver en efecto, como lo indica la recurrente, no cuenta con firma alguna, incluso de la demandada. Empero, con la demanda se aportaron recibos de caja con la respectiva firma de aceptación del demandante, en los cuales se verifican pago de salarios del año 2020, así como los siguientes (págs. 28 a 30, «001Demanda.pdf»):



De tales documentos, se acredita el pago de \$1.300.000, con lo cual, se cubren los pagos por concepto de las prestaciones sociales allí liquidadas (cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios= \$1.189.123). Sin embargo, no alcanza a cubrir lo relacionado con salarios de los **meses de abril y mayo de 2019**, por \$1.437.000, desde luego, no se encontraron soportes de esos pagos; empero, no puede perderse de vista que estos valores no pueden imputarse al último contrato, esto es, **del 13 de julio de 2019 al 02 de abril de 2020**, pues allí claramente se indica que corresponde a los meses de abril y mayo de 2019, no cobijados por ninguno de los contratos aquí declarados, desde luego, tampoco ha sido motivo de discusión en la alzada; por tanto, estima la sala, respecto al contrato que nos ocupa y objeto de apelación no se adeudan salarios y prestaciones sociales.

No obstante lo anterior, tal como se deduce de los recibos de pago anteriormente relacionados, los valores no fueron sufragados a la terminación del contrato de trabajo y el primer pago se efectuó un mes y 21 días des pues (23 de mayo de 2020), que en todo, no fue total sino fraccionado; mientras que el último de los pagos se hizo el 10 de septiembre de 2020; sin que hayan aportado elementos de juicio para establecer la razón de la mora en dichos pagos; más aún, cuando la accionada pese a ser notificada y haber sido enterada del proceso, sólo remitió documentación

relacionada con el demandante; empero fue renuente comparecer a juicio en aras de contestar la demanda y, con ello, en el momento oportuno, exponer las razones de su defensa, específicamente sobre una justificación de la falta oportuna de pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas al demandante, de ahí que resulte procedente imponer la sanción moratoria que se reclama en el presente proceso, la cual, se limitará hasta el momento en que se hizo el último pago, esto es, el 10 de septiembre de 2020.

En esas circunstancias, habrá de condenarse a la convocada a juicio al pago de la indemnización moratoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T. se cancela a razón de un día de salario por día de retardo a partir del día siguiente a la finalización del vínculo contractual acaecido el 03 de abril de 2020 y hasta el 09 de septiembre de 2020.

Así las cosas, es fácil advertir que procede la indemnización de un día de salario, correspondiente a \$29.260 diarios, que resulta del salario mínimo del año 2020, no discutido en el proceso, \$877.802, lo que se traduce en una condena a la demandada, entre el 03 de abril de 2020 y el 09 de septiembre de 2020 (162 días), de **\$4.681.611** así:

$$\$877.802 / 30 = 29.260 \times 162 \text{ días} = \$4.681.611$$

Ahora bien, desde el 10 de septiembre de 2020 y, hasta cuando se verifique su pago, se debe la indexación de la suma adeudada por sanción moratoria, para evitar el deterioro económico que se produce por el transcurso del tiempo, tal como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL194-2019, reiterada en la CSJ SL3720-2022.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá adicionarse la sentencia de primer grado para condenar al pago de la sanción moratoria en los términos indicados.

**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**

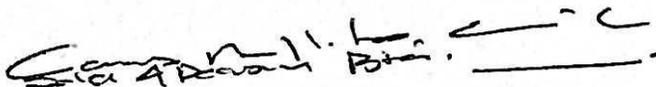
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al señor **JESÚS AMADO SABALZA SEPÚLVEDA**, la suma de **\$4.681.611**, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 03 de abril de 2020 hasta el 09 de septiembre de 2020. Suma que deberá indexarse al momento del pago. Todo lo anterior, según lo considerado en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

  
**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CIELO ISABEL USME  
ANDRADE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 30 2020 00205 01)**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 recurso de apelación presentado por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de julio del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 13, récord: 1:39:42*), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLÁRESE INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora CIELO ISABEL USME ANDRADE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 21.240.816, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por el fondo administrador de pensiones y cesantías Horizonte S.A., hoy sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a partir del 1 de ENERO de 2000, conforme a lo expuesto.***

***SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculada a la demandante señora CIELO ISABEL USME ANDRADE al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.***

***TERCERO: CONDÉNESE a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que ha permanecido en dicha administradora esto es desde el 1 de enero de 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto***

*de administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.*

**CUARTO: ORDÉNESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

**QUINTO: DECLÁRENSE** no probadas las excepciones planteadas como medio de defensa.

**SEXTO: CONDÉNESE** en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SESENTOS MIL PESOS (\$3.600.000).

**SEPTIMO:** Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

**OCTAVO: CONCÉDASE** el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

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

Inicialmente PORVENIR expresó que el consentimiento informado se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público el cual no fue tachado de falso, el cual expresaba que la parte actora hacía las cosas en forma libre, espontánea siempre conociendo las consecuencias del régimen de ahorro individual habiendo sido ella asesorada como lo exigía el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Aduce que no puede proceder la condena por la devolución de los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues también el régimen de prima media se designa un 3% de su cotización para la financiación de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, señala dichos gastos de administración en ambos regímenes no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se ven afectados por el fenómeno de la prescripción. De igual manera expresa, el hecho de ordenar este traslado a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esa demandada, en la medida que no existen motivos para dicha devolución. (*Audiencia virtual, archivo 13, récord: 1:42:29<sup>1</sup>*),

---

<sup>1</sup> Gracias señoría, de manera muy respetuosa presentó recurso de apelación contra la decisión emitida por este despacho de conformidad a lo siguiente:

En primer lugar, pues, para declarar la ineficacia por parte del fallador de primera instancia pues el consentimiento informado es obligación de haber sido probada por parte de mi representada, de haber

Por su parte COLPENSIONES señala que la decisión tomada afecta gravemente los derechos de Colpensiones, quién se obliga a aceptar la afiliación, a actualizar la historia laboral y a reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos de este, es decir, se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenada por un hecho que no cometió o mejor dicho, sin que exista una causa generadora que prueba o indique que fue la causante del traslado o la causante de la falta de información durante la afiliación al RAIS.

Precisa que la orden de trasladar los dineros existentes en la cuenta ahorro individual a Colpensiones junto con los gastos administración no supe el hueco financiero y el daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados

---

administrado una información clara, suficiente y efectos de, pues, un cambio de régimen pensional, por lo anterior, pues señor magistrado, pues el despacho no valoró que el consentimiento informado se materializó con la suscripción de las solicitud de afiliación o formulario de afiliación, en documento público el cual no fue tachado de falso, el cual expresaba que la parte actora hacía las cosas en forma libre, espontánea siempre conociendo las consecuencias del régimen de ahorro individual habiendo sido ella asesorados entonces, entre otros conceptos conforme pues así lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93 es decir señor magistrado que no se trataba de una simple declaración vacía, incluye un formato de afiliación sino precisamente un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume de ser una persona capaz de obligarse, adicionalmente no se puede desconocer que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El tiempo el día 14 de enero del año 2004 como dispuso inicialmente el artículo tercero el decreto 1169 del año 94 sin que la actora ejerciera dicha facultad lo cual no se valoró como una evidencia y debe valorarse como tal, además con la declaratoria de la ineficacia del traslado pensional se desconoció el principio de autonomía de la voluntad privada a conjunto o demandante que tenía jurisprudencia constitucional en T-041 del año 2006, es el poder que tenía esta demandante reconocida por ese ordenamiento positivo para disponer con unos efectos vinculantes de intereses y derechos de los que procederá titular y por ende esta forma pues crear unos derechos y unas obligaciones, siempre claro, pues como lo indica la norma se respeta el orden público y las buenas costumbres.

Sin (inaudible) anterior, tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 93 debemos recordar que también el régimen de prima media designa también un 3% de su cotización a financiación de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración en ambos regímenes no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se ven afectados por el fenómeno de la prescripción. De igual manera el hecho de ordenar este traslado de su fondo de pensiones a Colpensiones está configurando enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existen los motivos de una postal devolución de forma tradicional interpretaciones diferentes entre sí literal b de la ley 100 de 93 menciona cuales son los dineros que quédense trasladó con este cambio de régimen pensional, eso es el saldo de la cuenta individual, empleo y el rendimiento porque se evidencia que estos cobros con la institución no están destinados a financiar la prestación de estabilidad sino que para incrementar el capital existente en la cuenta de individual de estabilidad, por lo tanto pues no pertenecen a ella.

De otro lado que seriamente señalar que como en el presente asunto la demandante se vinculó con horizonte pensiones y cesantías para el año de 1999 y que mediante escritura pública número 2250 del 26 de diciembre de 2013 en la Cámara de Comercio se perfeccionó la fusión por absorción de la FP horizonte pensiones y cesantías con mi representada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del código de comercio de esta función, pues Porvenir adquirió unos bienes y servicios de los derechos de las AFP Horizonte pensiones y cesantías y se hizo cargo de este fondo, por lo tanto pues es claro que Porvenir en esta fusión pues no pudo recibirme como activo ni como pasivo los gastos de administración de las entonces cuentas de los afiliados a la AFP Horizonte pensiones y cesantías, de una parte porque de manera taxativa el artículo 113 de la ley 100 del 93 menciona cuáles son los conceptos que conforman esa cuenta individual de los afiliados en el régimen de ahorro individual y sumada pues a la inexistencia de esta obligación a favor de los afiliados en, para el año 2003 de conformidad pues que a estos esto ha sido ese cobro ha sido producto actuales decisiones judiciales por anterior de manera muy respetuosa solicito a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá y Sala Laboral de revocar en su integridad la sentencia dictada por el despacho, muchas gracias.

a seguros provisionales, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, generalmente quedan en el aire, no existe garantía para Colpensiones ni para el demandante de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado de la actora, por lo que se le está generando un perjuicio económico en cada una de estas sentencias condenatorias que tratan las ineficacias y la decisión de autorizar a su representada de reclamar por vía judicial dichos perjuicios sigue afectando a los intereses financieros de Colpensiones porque estaría obligada a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para perseguir esos perjuicios generando aún más pérdidas de dinero y desgaste de tiempo. (*Audiencia virtual, archivo 13, récord: 1:46:58*)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Muchas gracias señoría estando dentro la oportunidad correspondiente voy a presentar recurso apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir en el sentido de solicitar a los magistrados que se modifique la sentencia condenatoria y en ese sentido entonces el condene a la FP horizonte, hoy a AFP Porvenir a que trate a la desafiada conforme a las reglas del régimen de prima media si se paran segunda instancia que existió falta, en el que existió falta de información.

Para desarrollar el presente punto es importante exponer el daño matriz generado a Colpensiones en cada uno de estos procesos de ineficacia, proceso significa hacer el traslado, para ello tenemos que en Colombia existen miles de procesos realizado por los afiliados del régimen público administrado por el extinto Instituto de los seguros sociales, hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en la actualidad por la AFP Porvenir, Colfondos, Protección y Skandia aduciendo un vicio en el consentimiento por falta de información o buen consejo, falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes entre otros lo cual está generando señores magistrados miles de sentencias condenatorias donde mi representada se obliga a recibir y afiliar a los demandantes junto con los aportes que se encontraban en la cuenta ahorro individual y como consecuencia de ello una vez cumplido con los requisitos del afiliado Colpensiones entonces debe asumir una prestación pensional.

Entendía la problemática anteriormente expuesta a este apoderada luego de un estudio y análisis de los casos de ineficacia ha concluido que las sentencias condenatorias que ordenan a Colpensiones a recibir a los afiliados del RAI imparten una justicia incompleta o parcialmente desacertada, ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al régimen de prima media pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones, es quién se obliga a aceptar la afiliación, a actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos de este, es decir, se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenado por un hecho que no cometió o mejor dicho, sin que exista una causa generadora que prueba o indique que la entidad que represento fue la causante del traslado o la causante de la falta de información durante la afiliación al RAIS.

Para comprender lo anterior es importante tener en claro el concepto de Justicia, señores magistrados, que radica o significa simplemente en abro comillas, “la virtud de dar a cada uno su derecho” entendido lo anterior entonces nos corresponde traer el concepto de Justicia al presente proceso ineficacia, por lo cual, debemos preguntarnos señores magistrados lo siguiente, es justo que se condene a Colpensiones a recibir la afiliación de la demandante si se prueba que existió omisión en la información y buen consejo por parte del fondo privado, para esta representación entonces señores magistrados no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, por cuanto mi representada no fue la no fue la causante del traslado al RAIS ni incentivo a la demandante que se desafilara del extinto Instituto de los seguros sociales, entonces al no haber un hecho generador o una prueba que indique o infiera que Colpensiones hizo incurrir en error a la actora no puede ser posible la condena de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho de la demandante sin que se afecte a la entidad que represento, conforme a lo anterior entonces los señores magistrados laborales que vayan a conocer el presente caso podrían asumir una decisión más ajustada para que sea revisada posteriormente por la Corte y posiblemente puede implementarse una nueva línea o precedente jurisprudencial que redireccione las condenas de los procesos de ineficacia a los fondos privados que causaron la desinformación del afiliado. Las reglas generada en el RAIS señores magistrados se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total de capital ahorrado en la cuenta ahorro individual del afiliado, sin embargo deben implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión y como consecuencia de ello el fondo privado trate a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, inclusive, para los cálculos pensionales siendo esta la consecuencia del actuar del fondo al momento de afiliarse en el régimen privado por lo tanto entonces

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

## CONSIDERACIONES

---

sugiero, o sugiero o propongo que la condena podría modificarse de la siguiente manera, si se demuestra entonces durante el proceso de segunda instancia que existió omisión en la falta de información de parte del fondo privado en el presente caso entonces se condene a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir por ser quien originó el traslado, para que éste asuma como excepción a la norma y por vía de mandato judicial, que trate a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media incluyendo el reconocimiento de su pensión. El presente fundamento tiene una función primordial y extraordinaria de proteger efectivamente a los dineros de que se encuentra en la bolsa común de Colpensiones, que corresponde a todos los afiliados del régimen de prima media, lo anterior se ha venido afectando como lo indiqué seriamente como consecuencia de las miles de sentencias condenatorias y derivadas de estos procesos que ordena el traslado a los valores de la cuenta ahorro individual para luego generar el reconocimiento de una pensión de vejez que no estuvo sustentada señores magistrados por la cotización periódica, afectando el sistema piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones por nacer de una bolsa común, por lo tanto allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a Colpensiones como un tercero de buena fe en el trámite de traslado.

Señores magistrados la presente sentencia que decidió esta ineficacia y condena y ordena el traslado de los dineros existentes en la cuenta ahorro individual a Colpensiones junto con los gastos administración no suple el hueco financiero y el daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados a seguros provisionales, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, generalmente queda en el aire, no existe garantía para Colpensiones ni para el demandante de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado de la actora, en el presente caso señores magistrados tenemos que la afiliada se encuentra en que la demandante se encuentra afiliada en el RAIS desde su traslado en el año 1999 y las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos afectando de esta manera el ciclo piramidal que consiste en lo siguiente: las cotizaciones de las pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse, lo anterior ha sido visualizado en múltiples sentencias del tribunal especialmente por la magistrada Marleny Olarte al indicar lo siguiente en sus decisiones abro comillas “finalmente se considera que hay lugar a adicionar a la sentencia en el sentido declarar que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previsto y sin las reservas dispuestas para el efecto originado en la omisión en la que incurrió el o los fondos de pensiones demandados” e igualmente indican en su sentencia la Magistrada Marleny Olarte lo siguiente abro comillas “adicionar la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga por las vías judiciales pertinentes del valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previsto y sin las reservas dispuestas para el efecto” lo anterior entonces, señores magistrados confirma que la entidad que represento se le está generando un perjuicio económico en cada una de estas sentencias condenatorias que tratan las ineficacias, sin embargo la decisión de autorizar a mi representada de reclamar por vía judicial dichos perjuicios sigue afectando a los intereses financieros de Colpensiones porque estaría obligado a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para perseguir esos perjuicios generando aún más pérdidas de dinero y desgaste de tiempo para mí representada, entonces con el fin de parar la afectación económica generada a Colpensiones en cada una de estas sentencias dictadas en la materia es que urge la decisión de condenarse a los fondos privados siempre que se demuestre la omisión de la información en ambas instancias para que asuman como consecuencia de su error la afiliación de la actora conforme a las reglas del régimen de prima media y se absuelva a Colpensiones de recibir el traslado como consecuencia una orden judicial.

En consecuencia, todo lo expuesto entonces podremos preguntarnos ahora moralmente los siguiente señores magistrados realmente se está haciendo justicia cuando el reconocer los derechos del demandante se afectan los derechos de Colpensiones, conforme a ello entonces solicito respetuosamente se revise y se estudie la posibilidad de implementar esta nueva línea jurídica, y en caso de probarse la omisión del fondo privado se condene entonces a la AFP Horizonte hoy Porvenir a tratar a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, inclusive para el cálculo de su pensión cuando esta cumpla con los requisitos y se absuelva a Colpensiones de recibir la afiliación de la demandante en el régimen de prima media para parar de una vez por todo el perjuicio económico grave que se le ha generado Colpensiones en cada uno de estos procesos. De esta forma entonces señor magistrado dejo puesto el recurso de apelación solicitando encarecidamente se modifique la sentencia que se acaba proferir muchas gracias.

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 3 y 4, archivo 1 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 4 a 8 ibídem), aspirando de manera principal se declare ineficaz y por ende nula la vinculación al RAIS, en consecuencia condenar a los fondos de pensiones registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida, como también que Colpensiones active su afiliación y actualice la historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. En subsidio solicita que se reconozca y pague a título de indemnización las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica de vejez que pudo disfrutar en el RPM en relación con la mesada que percibiría por parte de la AFP PORVENIR, lo anterior conforme al índice que de probabilidad de vida establecido por el DANE. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por la actora al RAIS; condenó a PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados, y a COLPENSIONES 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 2002<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de mayo de 1961 (*Página 19, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR el 26 de mayo del 2020 y ante COLPENSIONES el 4 de mayo del 2020 (*páginas 60 a 64 y 69 a 77 ibídem*), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 266.57 semanas de servicios prestados, que corresponden a 5 años, 2 meses 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.

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 **11 de noviembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de enero del 2000** (*Páginas 87 y 89, archivo 8 expediente digital*) por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe

---

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

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

*Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

“El 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,

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*

---

*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.*

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante<sup>6</sup> 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 entidad donde trabajaba por parte de HORIZONTE 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 HORIZONTE hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

---

<sup>6</sup> Audiencia 13 de julio de 2022, récord 15:41

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 HORIZONTE hoy PORVENIR (*Página 87 Archivo 8 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR antes 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 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 antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de noviembre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de enero del 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 89 Archivo 8 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 4<sup>7</sup> 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 3<sup>8</sup> 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 PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación 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.

---

<sup>7</sup> “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.”

<sup>8</sup> “(...) 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 (...)”.

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 tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar además de lo ordenado por el Juez de primer grado, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>9</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>10</sup>, 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

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

<sup>10</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>11</sup> (Páginas 9 y 10 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.

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

---

<sup>11</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 21 de marzo de 2022, archivo 1 expediente digital, páginas 540 y 541.

afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia 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.

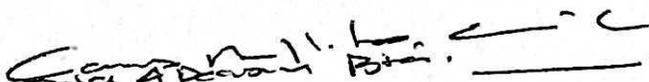
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA MARÍA GARCÍA GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 30 2020 00475 01)**

Bogotá D.C. Treinta (30) de noviembre 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 recurso de apelación presentado por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de agosto del 2022 (Exp. Digital: «20AudioAudiencia.mp4», récord: 1:39:55), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado del régimen pensional que realizará la demandante, señora ANA MARÍA GARCÍA GÓMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.780.164, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a partir del 1° de abril del año 2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora ANA MARÍA GARCÍA GÓMEZ, ya identificada, al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a las consideraciones anteriormente expuestas.*

*TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y además devolver los costos cobrados por conceptos de administración por el lapso en que permaneció la actora en dicha administradora, esto es desde el primero de*

*abril del año 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, costos cobrados por administración que deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora aquí sancionada y debidamente indexados.*

*CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los valores que debe trasladar la AFP PORVENIR y que una vez que ingresen dichos valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, a actualizar la información en la historia laboral de éste con el fin de garantizarle a ella el derecho pensional que le asiste bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme a lo ya manifestado.*

*SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por secretaria líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$3.600.000 a favor de la parte demandante.*

*SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

*OCTAVO: En caso de no impugnarse, concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES».*

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas la apelaron. Inicialmente COLPENSIONES señala que la decisión tomada afecta gravemente los derechos de Colpensiones, quién se obliga a aceptar la afiliación, a actualizar la historia laboral y a reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos de este, es decir, se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenada por un hecho que no cometió o mejor dicho, sin que exista una causa generadora que prueba o indique que fue la causante del traslado o la causante de la falta de información durante la afiliación al RAIS.

Precisa que la orden de trasladar los dineros existentes en la cuenta ahorro individual a Colpensiones junto con los gastos administración no sule el hueco financiero y el daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados a seguros provisionales, fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad pensional, generalmente quedan en el aire, no existe garantía para Colpensiones ni para el demandante de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado de la actora, por lo que se le está generando un perjuicio económico en cada una de estas sentencias condenatorias que tratan las ineficacias y la decisión de autorizar a su representada de reclamar por vía judicial dichos perjuicios sigue afectando a los intereses financieros de Colpensiones porque estaría obligada a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para

perseguir esos perjuicios generando aún más pérdidas de dinero y desgaste de tiempo<sup>1</sup> (récord: 1:40:04, ibidem).

---

<sup>1</sup> «Sí muchas gracias señorita, voy a presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir su despacho, solicitando a los señores Magistrados no que se revoque, sino que se modifique la decisión que se acaba de proferir en el sentido de que se condene a la AFP Porvenir a tratar a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media si se comprueba en segunda instancia que existió esa omisión en la información al momento de afiliarse la demandante en el fondo privado.

Para desarrollar el presente punto es importante exponer el daño matriz generado a Colpensiones en los procesos de ineficacia de traslado, para ello tenemos que en Colombia existen miles de procesos ordinarios laborales, tendientes a declarar la ineficacia de traslados realizados por los afiliados del régimen público administrado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en la actualidad por la AFP Porvenir, Colfondos, Protección y Skandia aduciendo vicios por consentimiento por falta de información o buen consejo o falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes entre otros, lo cual está generando miles de sentencias condenatorias donde mi representada se ve obligada a recibir y afiliarse a la demandante junto con los aportes que se encontraba en la cuenta de ahorro individual y como consecuencia de ello una vez cumplidos los requisitos del afiliado Colpensiones debe asumir la prestación pensional.

Entendida la problemática anteriormente expuesta, este apoderado luego de un estudio y análisis de los casos de ineficacia ha concluido que la sentencia condenatoria que ordena a Colpensiones a recibir los afiliados del RAIS, imparte una justicia incompleta o parcialmente desahogada ya que reconoce el derecho de la afiliada a retornar al régimen de prima media, pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones que se ve obligada a aceptar la afiliación, a actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos de este, es decir se podría decir que Colpensiones estaría siendo condenado por un hecho que no cometió o mejor dicho sin que exista una causa generadora que pruebe o que infiera que la entidad que represento fue la causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS, para comprender lo anterior, señores Magistrados es importante traer a colación el concepto de Justicia que radica o significa simplemente en la virtud de dar a cada uno su derecho, entendido lo anterior entonces nos corresponde traer el concepto de Justicia al presente proceso de ineficacia, por lo tanto debemos preguntarnos lo siguiente señores Magistrados, ¿es justo que se condene a Colpensiones a recibir la afiliación de la demandante, si se prueba que existió omisión en la información y buen Consejo por parte del fondo privado durante su afiliación?, para esta representación no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, por cuanto no fue la causante del traslado al RAIS, ni incentivo a la demandante a que se desafiliara del extinto Instituto de los Seguros Sociales, entonces al no haber un hecho generador o una prueba que indique o infiera que Colpensiones hizo incurrir en error a la actora, no puede ser posible la condena de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual, por existir otra forma de restablecer el derecho de la demandante sin que se afecte la entidad que represento.

Conforme a lo anterior, entonces los magistrados que vayan a conocer el presente proceso en segunda instancia, podrían asumir una decisión más ajustada para que sea revisada por los tribunales, perdón para que sea revisada posteriormente por la corte y posiblemente pueda implementarse una nueva línea o precedente jurisprudencial que redirige las condenas a los procesos de ineficacia a los fondos privados que son los que causaron la desinformación del afiliado.

La regla general en el RAIS como ya todos los conocemos se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total del capital ahorrado de la cuenta de ahorro del demandante, sin embargo deben implementarse nuevas condenas que asuma la realidad de la omisión y como consecuencia de ello, el fondo privado trató a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media inclusive para el cálculo de su pensión, siendo esta la consecuencia de su actuar al momento de afiliarse en el régimen privado, por lo tanto señores magistrados sugiero y solicito que la condena se modifique de la siguiente manera, si se demuestra claro está en segunda instancia que existió omisión en la falta de información por parte del fondo privado en el presente caso entonces se condene a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir, para que asuma como excepción a la norma y por vía de mandato judicial y trate a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media incluyendo el reconocimiento de su pensión.

El presente fundamento señores magistrados tiene una función primordial y extraordinaria de proteger efectivamente los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones que corresponden a todos los afiliados del régimen de prima media, lo anterior se ha venido afectando seriamente como consecuencia de las miles de sentencias condenatorias derivadas de los procesos de ineficacia que ordenan el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual para luego generar el reconocimiento de la pensión de vejez que no estuvo sustentada señores Magistrados por la cotización periódica, afectando el sistema piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones por nacer de una bolsa común, por lo tanto, allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a Colpensiones como un tercero de buena fe en el trámite de traslado, la sentencia señores magistrado de primera instancia que decidió esta ineficacia y condenó y ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, junto con los gastos de administración no suple el hueco financiero y el daño ocasionado a la entidad que represento, por cuanto los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional, generalmente quedan en el aire y no existe garantía para Colpensiones de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado de la demandante.

En el presente caso señores Magistrados, tenemos que la accionante se encuentra afiliada en el RAIS desde su traslado en el año 2000 y las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por Colpensiones señores Magistrados para cubrir las pensiones de las personas mayores que cumplieron con sus requisitos durante ese período, afectando gravemente de esta manera el ciclo piramidal que consiste en lo siguiente, que las cotizaciones las pensiones de las personas activas laboralmente, son utilizadas para cubrir las pensiones de las personas que cumplieron con sus requisitos para pensionarse, lo anterior ha sido visualizado en múltiples sentencias del tribunal especialmente por la magistrada Marleny Roa Olarte al indicar lo siguiente en sus decisiones de segunda instancia en los temas de ineficacia abro comillas «finalmente se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originado en la omisión en la que incurrió él y los fondos de pensiones demandados», lo anterior entonces señores magistrados confirma que Colpensiones se le está generando un perjuicio económico irremediable en cada una de estas sentencias condenatorias que tratan las ineficacias de traslado, sin embargo la decisión de autorizar a mi representada de reclamar por vía judicial dichos perjuicios sigue afectando los intereses financieros de Colpensiones, porque estaría obligada a pagar los honorarios de los profesionales del derecho para perseguir esos perjuicios generando aún más pérdidas de dinero y desgaste de tiempo para mi representada.

Entonces con el fin de parar la afectación económica generada a Colpensiones en cada una de estas sentencias es que urge la decisión de condenarse a los fondos privados siempre que se demuestre la omisión de la información para que éstos asuman como consecuencia de su error la afiliación de la actora conforme a las reglas del régimen de prima media y se absuelva a Colpensiones a recibir el traslado como consecuencia de una orden judicial.

Por su parte, PORVENIR expresó no compartir la decisión de declarar la ineficacia del traslado, ni los efectos jurídicos que se le dio, pues conforme lo establece Código Civil, la ignorancia las leyes no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal la cual implica que habiéndose promulgado una ley, esta es conocida por todos los habitantes, la Ley 100 de 1993, que establece los dos regímenes pensionales existentes, por ser una norma de orden público en armonía con el artículo 13 de la Constitución Política, a la actora le asistía el deber de conocerla, careciendo de fundamento el no tener educación en materia pensional.

Aduce que no puede proceder la condena por la devolución de los gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993 pues también el régimen de prima media se designa un 3% de su cotización para la financiación de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, señala dichos gastos de administración en ambos regímenes no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se ven afectados por el fenómeno de la prescripción. De igual manera expresa, el hecho de ordenar este traslado a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esa demandada, en la medida que no existen motivos para dicha devolución y en todo caso, de confirmarse la decisión, el traslado de sumas diferentes a las que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, deben compensarse, en especial la de los gastos de administración o indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros, pues exceden los mínimos establecidos en la ley<sup>2</sup> (récord: 1:48:30, ib.).

---

*En consecuencia de todo lo expuesta, entonces podemos preguntarnos ahora si moralmente señores Magistrados los siguientes ¿realmente se está haciendo justicia cuando al reconocer los derechos de la demandante se afectan los derechos de un tercero, en este caso Colpensiones?, conforme a ello entonces respetuosamente solicito se revise y se estudie la posibilidad de implementarse esta nueva línea jurídica y en caso de probarse la omisión del fondo privado se condene entonces a la AFP horizonte hoy AFP Porvenir, a que trate a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, inclusive para el cálculo de su pensión cuando esta cumpla con los requisitos como excepción a la norma y no a Colpensiones de recibir la afiliación de la demandante en el régimen de prima media, para parar de una vez por todo el perjuicio que se le ha generado en contra a la entidad que represento como consecuencia de todos estos procesos de ineficacia, de esta forma entonces señores magistrados solicito se estudie esta solicitud y se modifique la sentencia condenatoria que acaba de proferir el Juzgado 30 Laboral, muchísimas gracias».*

<sup>2</sup> *«Me permito formular recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser preferida con base en los siguientes argumentos: Honorable Tribunal Superior de Bogotá no comparte mi representada la decisión que acaba de ser proferida por el a quo al declarar la ineficacia del traslado, ni se comparten los efectos jurídicos que se le dio a esta ineficacia. En primer lugar partiendo establecido en el Código Civil que señala que la ignorancia las leyes no sirve de excusa, principio general del derecho que establece una presunción legal la cual implica que habiéndose promulgado una ley, esta es conocida por todos los habitantes, en ese sentido, ahora bien como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 130 del 2013, la Ley 100 de 1993 que fue promulgada en el Diario Oficial del 23 de diciembre del mismo año, estableció el sistema de Seguridad Social bajo dos regímenes pensionales solidarios y excluyentes pero que coexisten cada uno con particulares características, en primer lugar el régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones en el que los aportes de cada afiliado integran un fondo común con el cual se financian todas las pensiones, en este régimen el derecho a la pensión se obtiene únicamente cuando el afiliado cumple con los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones previsto en la ley, en segundo lugar el régimen de ahorro individual con solidaridad corresponde a un sistema en el que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual que es administrada por la AFP a la cual se encuentra afiliado el usuario y el derecho a dicha prestación se obtiene con base en el capital depositado en la respectiva cuenta sin que para ello sea exigible el requisito de edad o de determinado número de semanas de cotización, luego por tratarse de un sistema obligatorio y normas de orden público, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media como en el RAIS están definidas en su totalidad*

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 («01Demanda.pdf», pág. 3), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 1 a 3), aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, a través de la vinculación efectuada por AFP HORIZONTE Pensiones y Cesantías, hoy Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para el mes de febrero de 2000, en consecuencia condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes realizados junto con sus rendimientos desde la fecha del traslado hasta la actualidad y a Colpensiones a registrar la afiliación en el Régimen de Prima Media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado; se condene, a lo *ultra* y *extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por la actora al RAIS; condenó a PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio**

---

*por la ley que fue debidamente promulgada y a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que puedan seguirse de su inobservancia, sin que las partes tengan la libertad de pactar condiciones al reconocimiento de prestaciones diferentes al prescrito en la ley, luego en este escenario la actora debía conocer la información que le permitió tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que pueda aducir que Porvenir abuso de la posición dominante o menos que la actora esté relegada a probar las circunstancias especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993. A la luz del artículo 13 de la Constitución Nacional el actor como cualquier habitante del territorio nacional le asiste la obligación de conocer la ley, por lo que carece de fundamento razonable el argumento de que por carecer de educación en materia pensional tiene dificultad para conocer la ley al respecto y que por ello estaba imposibilitado para conocer sobre las implicaciones de su decisión de traslado pensional.*

*No obstante en caso de que el Honorable Tribunal considere que se debe confirmar lo atinente a la declaratoria de ineficacia, solicito de forma subsidiaria que se absuelva a mi representada a devolver lo descontado por concepto de comisiones y gastos de administración, en primer lugar porque éstos constituyen conceptos autorizados a descontar a las AFP como consecuencia de la buena administración que se ejerce sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la actora y que se vio materializado en incrementar el saldo de su cuenta ahorro individual, generando rendimientos financieros inclusive por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera, rendimientos financieros que no se causan en el régimen de prima media con prestación definida.*

*Por otro lado, de ordenar el traslado de esos gastos de administración a Colpensiones, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, el artículo 113 literal b de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, 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 contraprestación de la gestión que se adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, en ese sentido no se predica la prescripción de la acción de ineficacia, sino de precisamente la causación de estos gastos de administración, teniendo en cuenta lo anterior, en el hipotético evento de que el Tribunal confirme el traslado de sumas diferentes a las que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, solicito de forma respetuosa que se compensen estas condenas, en especial la de los gastos de administración o indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros que excede los mínimos establecidos en la ley, debido a que si el efecto de la ineficacia de retrotraer toda su historia inicial estos rendimientos financieros no se hubieran causado bajo ningún motivo en el régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, en esos términos dejó sustentado mi recurso de apelación, no sin antes solicitarle al Honorable Tribunal que revoque la sentencia que acaba de ser proferida por el a quo y en su lugar absolver a mi representada, muchísimas gracias».*

de la administradora y debidamente indexados, y a COLPENSIONES aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de marzo de 1969 (Página 8, «03AnexosDemanda.pdf»), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 20 de febrero del 2020 (páginas 15 a 17 ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 50 años-; 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 139,14 semanas de servicios prestados, que corresponden a 2 años y 8 meses (pág. 124 «13ContestacionPorvenir.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.

---

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

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 **24 de febrero de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril del 2000** (Página 80 y 82, ib.) por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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<sup>4</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

*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

<sup>4</sup> 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 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 línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, 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 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

---

*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».*

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 y del testimonio recaudado de la señora Isabel Cuéllar Vázquez<sup>6</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues ambas se limitaron a indicar que para la época del traslado, a juicio de su empleador los jóvenes de la época debían estar a un fondo privado, por lo que les llevaron a un representante de Horizonte quien empezó a realizar esas afiliaciones, que, aunque no recuerda bien, se hizo de forma grupal, por lo que les tomaron los datos y firmaron el respectivo formularios de afiliación de forma voluntaria, pero no recordaron la información recibida; no le explicaron el modelo pensional del RAIS y no le informaron de la opción de retracto.

Conforme tales medios 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, antes HORIZONTE, 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.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR (Pág. 82, 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 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR antes HORIZONTE proporcionara a la afiliada una suficiente, completa,

---

<sup>6</sup> Audiencia del 11 de agosto de 2022, récord 24:33 a 50:42

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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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 2.000, 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 antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de febrero de 2.000 con fecha de efectividad a partir del **1° de abril del 2.000)**, 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.

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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646, recientemente, se reiteró en la sentencia CSJ SL3465-2022.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación 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 tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar además de lo ordenado

por el Juez de primer grado, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, 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 CSJ SL2877-2020, 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 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**».*

Frente a la orden 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*

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

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*de 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 CSJ 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 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 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 CSJ SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Pág. 10, «11ContestacionColpensiones.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 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 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*

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 21 de marzo de 2022, archivo 1 expediente digital, páginas 540 y 541.

*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 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,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de

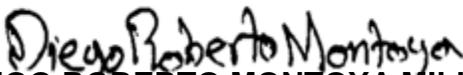
Pensión Mínima, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

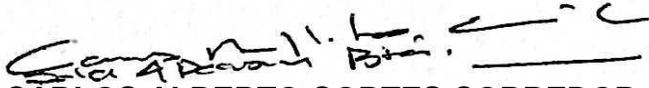
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALBERTO BELLO ACOSTA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y como vinculada COLFONDOS S.A.<sup>1</sup> (36 2020 00468 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 5 de octubre del 2022 (Audio Archivo 20 Exp. Digital, récord: 51:06), en la que se resolvió:

*«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor ALBERTO BELLO ACOSTA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, con efectividad a partir del día 1 de mayo de 1994, a través de la AFP COLFONDOS.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados al Fondo de Pensiones SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados.*

*TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro*

---

<sup>1</sup> En audiencia del 16 de mayo del 2022 Archivo 11 expediente digital.

*individual del accionante durante la vigencia de la afiliación en dicha AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados.*

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

**QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a COLFONDOS, PROTECCION y COLPENSIONES liquidando como agencias en derecho la suma un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada uno de los demandados.

**SEPTIMO: CONSULTESE** con el superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, acorde lo establece el artículo 69 el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.».

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló expresando que Colpensiones quien en el litigio funge como tercero de buena fe, difiere de las consideraciones del despacho al no acreditarse la falta de información o la existencia de vicios del sentimiento que justifiquen invalidar y dejar sin efecto el traslado de régimen primigenio efectuado con Colfondos S.A., por el contrario este se dio de manera libre consciente y voluntaria y la codemandada cumplió con el deber de información que se exigía para la época.

Precisa que para 1994 con el fin de vincular a los potenciales afiliados al régimen de ahorro individual, pues no era exigible ni condicionado para los fondos de pensiones realizar simulaciones o proyecciones tendientes a vincular a los potenciales afiliados, adicionalmente es dable indicar que en el caso de que efectivamente para 1994 el demandante no haya recibido una asesoría adecuada respecto de las características de cada régimen pensional ello se ve saneado con el paso del tiempo, como quiera que el demandante se encuentra vinculado al régimen de ahorro individual durante más de 25 años y antes de entrar inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2013, el demandante guardó silencio y no solicitó el traslado del régimen pensional antes de estar inhabilitado por la ley.

Indica, el demandante supera ostensible la edad de pensión y asimismo según el reporte de historia laboral, tiene más de 1777 semanas y por lo tanto ya podría ser acreedor de la garantía de pensión mínima o en la modalidad que el RAIS ofrece, lo cual constituiría en su sentir un detrimento para los recursos de Colpensiones tener como un nuevo afiliado al demandante, dado que pues durante más de 10 años no ha contribuido al fondo común de naturaleza pública que administra

Colpensiones y con ello se afectaría gravemente el principio de la sostenibilidad financiera, que además goza de protección constitucional. (*Audio archivo 20 récord: 52:55*)<sup>2</sup>

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 3, Archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 3 ibidem), aspirando principalmente se declare la ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, que administra COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los dineros que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual, cuotas de administración, rendimientos financieros y bono pensional y a COLPENSIONES a aceptarlos, se condene a Protección a título de perjuicios**

---

<sup>2</sup> “Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que sea el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral quien revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, esto como quiera que mi representada Colpensiones quien en el litigio funge como tercero de buena fe, difiere de las consideraciones del despacho al no acreditarse la falta de información o la existencia de vicios del sentimiento que justifiquen invalidar y dejar sin efecto el traslado de régimen primigenio efectuado con Colfondos S.A., por el contrario este se dio de manera libre consciente y voluntaria y la codemandada cumplió con el deber de información que se exigía para la época.

Solicitó al Tribunal tener en cuenta, que si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema traída a colación por el despacho el cual indica que todos los afiliados al sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen a partir de la Ley 100 de 1993, también es importante recordar que el deber de asesoría y buen consejo a venido evolucionando con el paso del tiempo y luego para 1994 con el fin de vincular a los potenciales afiliados al régimen de ahorro individual, pues no era exigible ni condicionado para los fondos de pensiones realizar simulaciones o proyecciones tendientes a vincular a los potenciales afiliados, adicionalmente es dable indicar que en el caso de que efectivamente para 1994 el demandante no haya recibido una asesoría adecuada respecto de las características de cada régimen pensional, esta situación Honorable Tribunal ya se ve saneada con el paso del tiempo, como quiera que el demandante pues se encuentra vinculado al régimen de ahorro individual durante más de 25 años y esto antes de entrar inmerso en la prohibición legal del artículo dos de la ley 797 de 2013, el demandante guardó silencio y no solicitó el traslado del régimen pensional antes de estar inhabilitado por la ley, por lo tanto pues Colpensiones en este proceso particular, solicita respetuosamente a este Tribunal tener en cuenta todas y cada una de las particularidades en las que se efectuó tanto el traslado primigenio como el traslado horizontal, también porque el demandante supera ostensible la edad de pensión y asimismo según el reporte de historia laboral, pues se tiene el sistema pensional más de 1777 semanas y por lo tanto pues ya podría ser acreedor de la garantía de pensión mínima o en la modalidad que el RAIS ofrece, por ende pues sería en detrimento de los recursos de Colpensiones tener como un nuevo afiliado al demandante, dado que pues durante más de 10 años no ha contribuido al fondo común de naturaleza pública que administra mi representada Colpensiones y con ello pues se afectaría gravemente el principio de la sostenibilidad financiera, que además pues goza de protección constitucional, gracias su señoría.”

patrimoniales cancelar el valor de los honorarios profesionales consignados en el contrato de prestación de servicios profesionales, 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 el actor a COLFONDOS, ordenando a PROTECCIÓN como actual administradora al que se encuentra vinculado, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, ordenando que dicha devolución se haga de manera indexada, igualmente ordenó a COLFONDOS devolver los mismos conceptos excepto los valores por aportes. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por COLFONDOS el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho 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 2002<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento del actor fue el 20 de abril de 1958 (pág. 6, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante

---

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

COLPENSIONES el 11 de septiembre de 2020 (págs. 27 y 28, ibidem) esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional - tenía 62 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 472.14 semanas que corresponden a 9 años, 2 meses y 5 días de aportes (Archivo 6 expediente digital, pág. 65) y 36 años de edad, 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 **27 de abril de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1994**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (página 39, archivo 1 expediente digital), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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*<sup>4</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>5</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

<sup>5</sup> «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía

---

una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características dña demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se 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.

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 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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

**Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)**».

---

“En 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.

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 actor (*Audiencia del 5 de octubre del 2022, Récord: 12:31*), 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 empresa donde ingresó a laborar y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP COLFONDOS de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

**«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación**

**1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.**

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

*De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

*Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

...  
*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de abril de 1994, efectivo el 1º de mayo de 1994) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, 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 al 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, 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 PROTECCION S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, 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, esto último igualmente a cargo de COLFONDOS como se dispuso en la sentencia de primer grado.

Lo anterior, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues 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**».*

Con relación a la orden de la juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, incluidos los gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, 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).*

En ese orden de ideas, se adicionará la decisión en aras 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 precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta – pág. 24, *Archivo 7 expediente digital*)<sup>6</sup> 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, 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

---

<sup>6</sup> Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 8 de febrero del 2022 (*Archivo 9 expediente digital*)

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 nexa 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 el punto anteriormente 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,

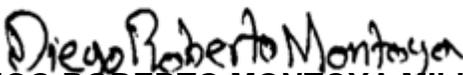
**R E S U E L V E**

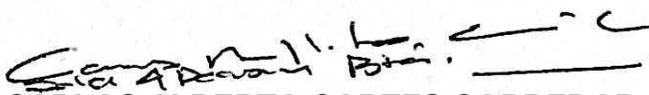
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: 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.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BEATRIZ HERRERA JAIME CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2018 00115 03)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de octubre de 2022 (Exp. Digital: «[Lifesize - Playback](#)<sup>1</sup>», récord: 57:22), en la que se resolvió:

*«DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la demandante **BEATRIZ HERRERA JAIME** con destino a la A.F.P. COLFONDOS S.A. para el 23 de enero de 1996. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornarle al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, las cotizaciones integrales efectuadas por cuenta o en favor de la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada ilegalmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*

---

<sup>1</sup> <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/6a75571e-a2e4-4a8d-966f-be4c143f010d?vcpubtoken=f3c59534-7aa9-4e63-9070-0317e1a11f98>

$$\frac{\text{INDÍCE FINAL}}{\text{INDÍCE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTÓRICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

*Tomando para el efecto como índice inicial, el del mes en que se verificó el aporte o la cotización integral correspondiente y como índice final, el del momento en que se efectuó el traslado de los recursos con destino al régimen de prima media con prestación definida, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el reembolso de los recursos al régimen de prima media, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP COLFONDOS S.A. y de la AFP PORVENIR S.A., en proporción al tiempo de afiliación en cada una de estas administradores, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

*Cabe anotar que, de subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los valores correspondientes deberán ser girados al fondo de solidaridad pensional, pues no pueden permanecer en poder de la administradora generando un enriquecimiento sin causa, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

**TERCERO: EXCEPCIONES** *dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.*

**CUARTO: Sin COSTAS** *en la instancia.*

**QUINTO:** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior, lo anterior en la medida en que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que ponen de alguna manera, en una situación de afectación en los recursos de financiación del régimen de prima media con prestación definida».*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES la apeló, argumentando para tal efecto, que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2002, además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez según la suscripción del formulario de afiliación y que sólo con la expedición del Decreto 2071 de 2015, se impuso la obligación a los fondos de pensiones de proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes y efectos de la toma de decisión en relación con su afiliación a cualquiera de los dos regímenes pensionales, la cual no era retroactiva.

Indicó, la demandante debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo, de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, toda vez que, de permanecer en el RAIS, en el que se encuentra actualmente conserva sus posibilidades pensionales. De igual forma,

tampoco se demuestra un vicio en el consentimiento de la buena fe en el momento en que se afilia al régimen de ahorro individual, además, al momento de la afiliación era imposible predecir los índices de cotización de los cuales cotizaría la demandante en los próximos años, calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportes de su historia laboral hasta esa fecha. De este modo, señaló que la actora no demostró que haya sido engañada al tomar la decisión de trasladarse, más aún, cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad, sino que decidió estar en el régimen por más de 25 años, incluso realizando diferentes traslados entre diferentes administradoras del régimen de ahorro individual, razón por la cual, es el fondo privado de pensiones quien debe resolver su situación pensional.

Agregó, al alegarse por la actora que la AFP a través de sus asesores la indujeron a error para realizar la afiliación al RAIS y adicionalmente no le brindaron la información suficiente respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se le imponía como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados, pues era inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implica y no fue sino hasta este momento que decida solicitar nuevamente al traslado de regímenes aduciendo el engaño por parte de las AFP.

De igual manera, explicó que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación de uno u otro régimen, se generaron obligaciones recíprocas, para el caso de la actora su deber como consumidora financiera del sistema general de pensiones, por tanto, debió adquirir información de manera autónoma acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales.

Agregó, la demandante no ha contribuido el fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad con el régimen de prima media con prestación definida, ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la sostenibilidad financiera (récord: 1:00:37<sup>2</sup>, ib.).

---

<sup>2</sup> «Su señoría interpongo recurso de apelación, el cual sustentaré de una vez. En primera medida solicitó amablemente al honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia, en consecuencia, se absuelva a mi representada, de todas y cada de las pretensiones. Lo anterior, fundamentado en lo siguiente, en cuanto la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2002, deviene la imposibilidad trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Es necesario tener en cuenta el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que expresa: la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 3, «01CuadernoFisico.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 3 a 8, ibidem), aspirando de manera**

---

*traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley.*

*También debe tener en cuenta que el 23 de octubre del 2015, se firmó el Decreto 2071 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual dice que las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales, los afiliados podrán ir a cualquiera de las oficinas de Colpensiones y los fondos privados, podrán ingresar a la página web donde hay información sobre los regímenes y pueden comunicarse telefónicamente para saber a dónde dirigirse, buscar toda la información que requieran.*

*Lo anterior teniendo en cuenta la Circular 016 del 2016, de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se estableció los mismos, pero tanto la AFP como Colpensiones realicen dicha asesoría a partir del 1º día de octubre del 2016 a las mujeres de 42 años o mayores y hombres de 47 años o mayores de dicha fecha, los ciudadanos no se podrán trasladar del régimen sin antes haber recibido dicha asesoría. Por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha impuesta por la Superintendencia de Colombia. Aunado a lo anterior, la demandante debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo, de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse el régimen de ahorro individual, toda vez que, de permanecer en el RAIS, en el que se encuentra actualmente conserva sus posibilidades pensionales. De igual forma, tampoco se demuestra un vicio en el consentimiento de la buena fe en el momento en que se afilia al régimen de ahorro individual, además, al momento de la afiliación era imposible predecir los índices de cotización de los cuales cotizaría la demandante en los próximos años, calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportes de su historia laboral hasta esa fecha. No se demuestra entonces hasta el momento, que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión en contra de sus intereses, más aún, cuando permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración o pensando, decidió estar en el régimen, más aún cuando realizó diferentes traslados entre diferentes administradoras del régimen de ahorro individual. Por lo anterior, se tiene que se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por decisión propia como lo demostró su firma en el formulario de afiliación en las diferentes administradoras del RAIS, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de su cotización en los fondos privados referenciados, razón por la cual, es el fondo privado de pensiones quien debe resolver su situación pensional. Además el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben atender a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, porque alegarse por la actora que la AFP A través de sus asesores la indujeron a error para realizar la afiliación al RAIS y adicionalmente no le brindaron la información suficiente respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, le impone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados. Resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implica y no fue sino hasta este momento que decida solicitar nuevamente al traslado de regímenes aduciendo el engaño por parte de las AFP.*

*De igual manera no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación de uno u otro régimen, genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en ese entendido, el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elige tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 del 2010 que, en su artículo cuarto, enuncia el deber de los consumidores financieros del sistema general de pensiones. Conforme lo anterior, es evidente que el deber de información se integra por una parte con una obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros, acerca de las condiciones, modalidades, y sistemas que integran los regímenes pensionales, que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión, por ejemplo de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular, acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.*

*Es de señalar que la permanencia en el RAIS por parte de la demandante evidencia con claridad, que esta acepta y se acoge a las reglas normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario se dio su aceptación y el regirse por las normas del RAIS, ello teniendo en cuenta que, conforme el vínculo contractual con dicha entidad... esto siendo integrado por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL3752 del 2020. En dirección, no puede conocer de la afectación que generaría la ineficacia o nulidad de traslado indiscriminado afiliados al régimen de prima media, solamente al excusarse en falencias en el otorgamiento de la información por parte de los fondos privados y que hoy, sus afiliados pretendan efectuar retorno al régimen de prima media, cuando no se ha generado una debida fidelidad del sistema, por ende, se debe tener en cuenta el citado por la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2009, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.*

*De igual manera, es evidente que han transcurrido más de 25 años en los cuales la demandante no ha contribuido, no contribuyó con el fondo común, que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad con el régimen de prima media con prestación definida, ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la sostenibilidad financiera, pues basta con citar el artículo 20 de la ley lo de 1993, modificado por el por el artículo 7º de la ley 797 del 2003, que a su vez a aumentó el valor para el aporte, mediante el Decreto 4982 de 2007, al 16% para el aporte a pensión incremento que se dio con el Decreto (inentendible) de 2007. Dejó así sustentados mis alegatos de conclusión, solicitando amablemente el honorable tribunal se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se absuelva a mí representada de todas las pretensiones formuladas. Muchas gracias».*

principal se declare la ineficacia del traslado del régimen pensional, en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR a efectuar el traslado de los correspondientes aportes a COLPENSIONES, siendo única entidad administradora que asuma los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de acuerdo a los criterios del régimen de prima media con prestación definida; que el traslado de aportes se efectúe con los correspondientes rendimientos propios de los aportes efectuados, mientras estuvieron en poder de PORVENIR; se condene a lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación con destino a la AFP COLFONDOS S.A. el 23 de enero de 1996, en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones integrales efectuadas por la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada ilegalmente a ese régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, resaltando que el reembolso de los recursos al RPMPD, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada en estas administradoras. Anotando que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la accionante, los mismos deberán ser girados al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos no pueden permanecer en poder de PORVENIR S.A. al hacer parte tales recursos o ser fruto de el régimen o el sistema general de pensiones.

Lo anterior, tras considerar que en estricto acatamiento de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos es obligatorio que la AFP en donde se dio la afiliación o el traslado el régimen pensional, acredite las condiciones en que se habría dado esa determinación acreditando el suministro de información suficiente para que de alguna manera el afiliado pudiera seleccionar dentro de un esquema de suministro adecuado de información o de consentimiento informado, relevándose del análisis de los vicios del consentimiento, precisando en el caso concreto, no obra en el informativo una prueba verdaderamente idóneo incontrastable que permita deducir lo acontecido el 23 de enero de 1996 y específicamente qué información habría recibido la demandante al menos de

Colfondos para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 21 de marzo de 1960 (pág. 52 y 98, ib.), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de febrero de 2017 (págs. 52, ib.), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 396,43 semanas (págs. 155-156 «18ContestacionPorvenir20220204»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **23 de enero de 1996 con fecha de efectividad 1° de febrero de 1996** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (pág. 103, ib.), **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta

---

<sup>3</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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» (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 tunc*<sup>4</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

*De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y 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 actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>5</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

<sup>5</sup> «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

*En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.*

*No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.*

*Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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.*

*“(…).*

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.**

“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.

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 accionante<sup>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que no recibió ninguna asesoría de Colfondos, no hubo ningún asesor de Colfondos en la reunión que organizaron entre los fondos y la oficina de talento humano donde laboraba, la persona que le dio información, fue una persona de Porvenir, pero no fue ni completa, ni clara, ni con las implicaciones futuras que tenía ese cambio de régimen pensional; la información se limitó a decirles que debían cambiarse porque el Seguro Social se iba a acabar y tenían que pasarse a un fondo de pensión privada, además los fondos de pensión privados, eran fondos de inversión donde iban a

---

<sup>6</sup> Audiencia 05 de septiembre de 2022, récord 38:15

tener una rentabilidad muy alta con lo cual su vejez iba a mejorar su calidad en la vejez, porque iban a tener los suficientes recursos para vivir cómodamente.

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 – COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD),*

administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...  
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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 1996, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de enero de 1996, efectivo el 1 de febrero de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-201, 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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Página 103, «18ContestacionPorvenir20220204.pdf»), 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, ibidem.

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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (ver certificación página 159, ibidem), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR y COLFONDOS además de lo ordenado por el Juez *a quo*, esto es, las cotizaciones y saldos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, deberán también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de 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 sobrevivencia<sup>7</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente 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 CSJ SL2877-2020 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

<sup>7</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>8</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 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).*

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En relación con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

*«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

[...]

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

*«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)*».

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Página 88 «01CuadernoFisico.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.

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 decisión de primer grado y se adicionará en los puntos anteriormente expuestos.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 17 de octubre de 2018, pág. 160 *ibidem*.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

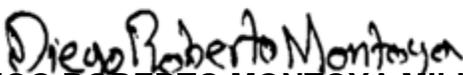
**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de 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, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a dichas administradoras, conforme lo considerado.

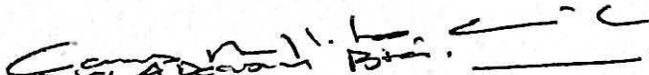
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA EDIT ORTÍZ GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2021 00091 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de agosto de 2022 (Exp. Digital: «[Lifesize - Playback](#)<sup>1</sup>», récord: 1:43:17), en la que se resolvió:

*«**PRIMERO: DECLARAR** la ilegalidad de la afiliación verificada por la señora ROSA EDIT ORTIZ GARCIA con destino a la AFP PORVENIR S.A. el 28 de enero de 1997, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES las cotizaciones efectuadas en beneficio de la demandante de manera integral con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada ilegalmente en este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, tornando para el efecto el IPC, qué certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*

---

<sup>1</sup> <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/5ec345a5-e357-456c-9b98-5039b0c1f77f?vcpubtoken=e5537a22-c348-4804-9bee-cb70d58bbcb2>

$$\frac{\text{INDÍCE FINAL}}{\text{INDÍCE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTÓRICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

*Tomando para el efecto como índice inicial, el mes en que se verificó el aporte o la cotización integral correspondiente y como índice final, el del momento en que se efectuó el traslado de los recursos con destino al régimen de prima media con prestación definida, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán para este efecto con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finalizar tal procedimiento, resaltando que el reembolso de los recursos al régimen de prima media, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos de las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo en el que la demandante estuvo afiliada ilegalmente en esas administradoras, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

*Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la accionante, los mismos deberán ser girados al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos no pueden permanecer en poder de PORVENIR S.A. al hacer parte tales recursos o ser fruto de el régimen o el sistema general de pensiones.*

**TERCERO: EXCEPCIONES** *dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*

**CUARTO COSTAS** *lo serán a cargo de la AFP PORVENIR S.A, en firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.*

**QUINTO:** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior, lo anterior en la medida en que se le han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES».*

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, COLPENSIONES argumentó ser errado lo indicado por el a quo, respecto a que el traslado realizado por la demandante para el año 1997 se dio en vulneración del término de restricción establecido por la Ley 100 de 1993, pues para la fecha que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual era evidente que habían ocurrido más de los 3 años exigidos por la ley para poder trasladarse, en ese sentido precisó que se encuentra errada la interpretación del Juez a lo establecido por el legislador en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a que la posibilidad de trasladarse cada 3 años de regímenes, que solo se puede realizar el día exacto en que se cumple el tercer año contados desde la selección inicia; precisando, el alcance pretendido en la norma y posteriormente en la ley 797 del 2003 por el legislador, era darle más estabilidad y sostenibilidad al

sistema pensional al establecer la condición del tiempo mínimo de permanencia de los afiliados a un régimen antes de poder trasladarse a otro, entendiendo esto que después de cumplir el requisito del período mínimo de permanencia en un régimen, la persona puede trasladarse al otro régimen en el momento que la misma decida.

Mencionó que si la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales para el año 1985, era evidente que al año 1997 había transcurrido el periodo de carencia establecido por la Ley 100 de 1993, por lo cual no se puede establecer por el Juez que el traslado realizado al régimen de ahorro individual es ilegal, ya que el mismo goza de plena validez pues habían transcurrido más de los 3 años desde que la demandante se había afiliado en el Instituto de Seguros Sociales. Sumado al hecho que, según el Decreto 1833 del 2016, las personas que venían vinculadas al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho instituto y seleccionaron el régimen de ahorro individual con solidaridad con o sin importancia al término legal establecido, también se entenderán válidamente vinculadas al RAIS, tomando lo preceptuado por esta norma, es más que evidente que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por cuanto posterior a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, la demandante se afilió por primera vez con la AFP Porvenir para el año 1997.

Agregó, si bien en el presente caso, el Juez erró al declarar la ilegalidad del acto, solicitó a esta instancia, tampoco se acceda a lo pretendido en la demanda que es la nulidad del traslado, teniendo en cuenta que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad la cotizante, quien por decisión propia lo realizó diligenciando los formularios para efectuarlo, voluntad que se ve ratificada con los más de 25 años que ha realizado cotizaciones a diferentes administradoras del RAIS. Que el Decreto 692 de 1994 en su artículo 2, establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de esta para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte. Además, dicha norma señala los requisitos de forma que deben contener los formularios que se deben diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora y finalmente establece que cuando el afiliado se traslada por primera vez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en el formulario debe consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre voluntaria y sin presiones, y además, autoriza que el formulario contenga la leyendas impresa en ese sentido.

Mencionó que en el presente caso al momento de la solicitud la demandante ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de la que trata el artículo 2° de la ley 797 del 2013, teniendo en cuenta que nació en el año 1965 y para la fecha en que elevo dicha solicitud, ya contaba con más de 47 años de edad.

De igual manera, esgrimió que es evidente que han pasado más de 25 años en los cuales la demandante no ha contribuido con el fondo común que financie las pensiones de las personas que han guardado afinidad al régimen de prima media con prestación definida, ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la estabilidad financiera, pues basta con citar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo séptimo la Ley 797 del 2003, que a su vez incremento el valor del aporte mediante el Decreto 4981 del 2006 al 16% para el aporte de pensión. Conforme a ello, señaló que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financie las pensiones en el mencionado régimen y la carga que generaría soportar el eventual reconocimiento personal a favor de la demandante que no ha contribuido a un derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida (récord: 1:46:21<sup>2</sup>, ib.).

---

<sup>2</sup> «En primera medida solicito amablemente al Honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se absuelva a mi representada, conforme los siguientes fundamentos:

*En primera medida se encuentra errado lo indicado por el señor Juez, respecto a que el traslado realizado por la demandante para el año 1997 se dio en vulneración del término de restricción establecido por la Ley 100 de 1993, pues para la fecha que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual era evidente que habían ocurrido más de los 3 años exigidos por la ley para poder trasladarse, en ese sentido es de precisar que se encuentra errada la interpretación del Juez a lo establecido por el legislador en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a que la posibilidad de trasladarse cada 3 años de regímenes, solo se puede realizar el día exacto en que se cumple el tercer año contados desde la selección inicial, toda vez que el citado artículo establece es un periodo de carencia que una vez cumplidos los 3 años de permanencia en un régimen, tiene la posibilidad la persona de trasladarse en cualquier momento, la norma en ninguna parte indica que el traslado se debía efectuar el día exacto en que se cumple el tercer año, es más es de tener en cuenta que en el Decreto 1833 de 2016 no se habla de una selección inicial, sino de una selección anterior, lo cual también se ha hecho referencia en sentencias de la Corte Constitucional, que el alcance pretendido en la norma y posteriormente en la ley 797 del 2003 por el legislador, era darle más estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional al establecer la condición del tiempo mínimo de permanencia de los afiliados a un régimen antes de poder trasladarse a otro, entendiendo esto que después de cumplir el requisito del período mínimo de permanencia en un régimen, la persona puede trasladarse al otro régimen en el momento que la misma decida.*

*Ahora bien, se tiene que precisar que en sentencias emitidas por las altas cortes se ha tomado la provisión legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100, como un periodo o término de carencia que debe transcurrir para poder trasladarse de régimen pensional, entendiendo por periodo de carencia como un plazo de tiempo que debe transcurrir de estar afiliado a un régimen para que el afiliado pueda acceder al derecho de trasladarse de régimen pensional, lo cual también se encuentra señalado de esta manera en el decreto 1833 de 2016, en este entendido si la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales para el año 1985 como se observa en la historia laboral emitida por Colpensiones, era evidente que el año 1985 al año 1997 había transcurrido el periodo de carencia establecido por la Ley 100 de 1993, siendo estos los 3 años, por lo cual no se puede establecer por el Juez que el traslado realizado al régimen de ahorro individual es ilegal, ya que el mismo goza de plena validez pues habían transcurrido más de los 3 años desde que la demandante se había afiliado en el Instituto de Seguros Sociales.*

*Además, es de tener en cuenta que en el Decreto 1833 del 2016, indica que las personas que venían vinculadas al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho instituto y seleccionaron el régimen de ahorro individual con solidaridad con o sin importancia al término legal establecido, también se entenderán válidamente vinculadas al RAIS, tomando lo preceptuado por esta norma, es más que evidente que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por cuanto posterior a la entrada en vigencia la Ley 100, la demandante se afilió por primera vez con la AFP Porvenir para el año 1997.*

A su turno, PORVENIR expresa que el tiempo mínimo que debe cumplir una persona y los tiempos en los cuales puede realizar el traslado de régimen, no hace referencia a los traslados que se efectúen entre administradoras de en este caso del régimen de ahorro individual, pues para el presente caso, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la señora demandante venía afiliada del Instituto de Seguros Sociales y con posterioridad en el año 1997, se afilió con PORVENIR, acorde con lo establecido por la norma; con posterioridad con las afiliaciones que realizó a Colfondos y Porvenir, no era necesario que se trasladará en una fecha exacta, sino por el contrario tenía la libertad de escoger en cuál de los regímenes pensionales podía afiliarse y en este caso, al afiliarse en el año en el mes de enero de 1997, se cumplió con esta exigencia.

De igual manera, precisó que PORVENIR cumplió con todas las obligaciones que estaban vigentes para el momento en que se afilió, de igual manera las posteriores afiliaciones o traslados horizontales que realizó en el régimen de ahorro individual, las cuales fueron una muestra más de la voluntad de la señora demandante de permanecer en dicho régimen, sin que hubiera querido en ningún momento trasladarse al régimen de prima media.

Añadió, que de acuerdo con lo que está establecido en la Ley, es improcedente que la señora demandante se afilie al régimen de prima media en este momento, pues

---

*Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente caso, el Juez erro al declarar la ilegalidad del acto, solicitó amablemente al Honorable Tribunal, tampoco se acceda a lo pretendido en la demanda que es la nulidad del traslado, teniendo en cuenta que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad la cotizante, quien por decisión propia lo realizo diligenciando los formularios para efectuarlo, voluntad que se ve ratificada con los más de 25 años que ha realizado cotizaciones a diferentes administradoras del RAIS, que el decreto 692 de 1994 en su artículo dos, establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de esta para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte, señala la norma anterior los requisitos de forma que deben contener los formularios que se deben diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora y finalmente establece que cuando el afiliado se traslada por primera vez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en el formulario debe consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre voluntaria y sin presiones, y además, autoriza la norma a que el formulario contenga la leyendas impresa en ese sentido.*

*El artículo segundo de la Ley 797 del 2003 establece la libertad de escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo por razones financieras y de estabilidad del sistema, en el artículo primero del decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad a pensiones, en el presente caso al momento de la solicitud la demandante ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de la que trata el artículo segundo de la ley 797 del 2013, teniendo en cuenta que nació en el año 1965 y para la fecha en que elevo dicha solicitud, ya contaba con más de 47 años de edad.*

*De igual manera, es evidente que han pasado más de 25 años en los cuales la demandante no ha contribuido con el fondo común que financie las pensiones de las personas que han guardado afinidad al régimen de prima media con prestación definida, ello conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la estabilidad financiera, pues basta con citar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo séptimo la Ley 797 del 2003, que a su vez incremento el valor del aporte mediante el Decreto 4981 del 2006 al 16% para el aporte de pensión, conforme a lo anterior es evidente que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financie las pensiones en el mencionado régimen y la carga que generaría soportar el eventual reconocimiento personal a favor de la demandante que no ha contribuido a un derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida.*

*En mérito de lo expuesto, solicito amablemente al Honorable Tribunal se revoque el fallo de primera instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra».*

está incurso en una prohibición legal establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que prohíbe a los afiliados trasladarse entre administradores cuando le falten menos de 10 años para la edad de pensión, situación en la que se encuentra actualmente la demandante y por mandato de Ley, no sería viable su afiliación con el régimen de prima media.

Finalmente, frente a la condena por gastos de administración y el traslado de las demás sumas que fueron descontadas en su momento y que fueron destinadas a diferentes conceptos como el fondo garantía de pensión mínima o a cubrir las primas de seguros que estaban establecidas para la demandante, señaló, que estos conceptos fueron descontados en cumplimiento de un deber legal, establecido específicamente en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. De modo que estos gastos de administración fueron destinados para la producción de rendimientos, lo cual se podía evidenciar en la cuenta de la señora demandante, que produjo rendimientos y no solamente en la actualidad cuenta con el valor de sus cotizaciones, sino que cuenta con el valor de los rendimientos que produjeron precisamente la administración de estos gastos, por lo que considera que la orden del señor Juez a la devolución de estos conceptos, resulta desproporcionada (récord 1:51:54)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> «Gracias señor Juez, estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

*De acuerdo con el fallo expuesto en este escenario, se declaró la ilegalidad de la afiliación teniendo en cuenta como base que el traslado de régimen se efectuó sin respetar el tiempo es algo que establece el artículo dos de la Ley 797 del 2003, al respecto debo señalar que este artículo o esta norma, señala el tiempo mínimo que debe cumplir una persona y los tiempos en los cuales puede realizar el traslado de régimen, no hace referencia esta norma a los traslados que se efectúen entre administradoras de en este caso del régimen de ahorro individual, para el presente caso tenemos que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 estableció las dos regímenes pensionales y teniendo en cuenta que la señora demandante venía afiliada del Instituto de Seguros Sociales y con posterioridad en el año 1997 en enero se afilió con mi representada, pues tenemos que el tiempo establecido por la norma para poder escoger el régimen o la administradora de fondos de pensiones, pues se encuentra acorde con lo establecido en la mencionada Ley, con posterioridad con las afiliaciones que realizó a Colfondos y con posterioridad Porvenir, sin que fuera necesario que se trasladará en una fecha exacta, sino por el contrario pues tenía la libertad de escoger en cuál de los regímenes pensionales podía afiliarse y en este caso pues consideramos que al afiliarse en el año en el mes de enero de 1997, se cumplió por parte de mi representada con esta exigencia.*

*Igualmente, como lo señaló el señor Juez, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, pues no era viable para las administradoras negar o rechazar una solicitud de afiliación y en el presente caso pues se cumplieron con todas las exigencias legales establecidas para el momento pensional en que se realizó el traslado.*

*De igual manera, debemos precisar que mi representada nuevamente pues señaló cumplió con todas las obligaciones que estaban vigentes para el momento en que se afilió con Porvenir y de igual manera pues las posteriores afiliaciones o traslados horizontales que realizó entre el régimen de ahorro individual fueron una muestra más de la voluntad de la señora demandante de permanecer en dicho régimen sin que hubiera querido ningún algún momento trasladarse al régimen de prima media administrado en la actualidad por Colpensiones.*

*De igual manera, señalamos que de acuerdo con lo que está establecido en la Ley, es improcedente que la señora demandante se afilie al régimen de prima media en este momento, pues está incurso en una prohibición legal establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues prohíbe a los afiliados trasladarse entre administradores cuando le falten menos de 10 años para la edad de pensión, situación en la que se encuentra actualmente la demandante y por mandato de Ley, no sería viable su afiliación con el régimen de prima media.*

*Finalmente, frente a la condena a mi representada de gastos de administración y el traslado de las demás sumas que fueron descontadas en su momento y que fueron destinadas a diferentes conceptos como el fondo garantía de pensión mínima o a cubrir las primas de seguros que estaban establecidas para la demandante, debemos señalar que estos conceptos fueron descontados en cumplimiento de un deber legal, establecido específicamente en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiera sido de manera arbitraria que mi representada hubiera destinado esos conceptos a la cobertura de estas aseguradoras o estos gastos de administración, pues precisamente estos gastos de administración fueron destinados para la producción de rendimientos que fueron, pues se puede evidenciar que la cuenta de la señora demandante produjo rendimientos y no solamente en la actualidad cuenta con el valor de sus cotizaciones, sino que cuenta con el valor de los rendimientos que produjeron precisamente la administración de estos gastos, por lo que consideramos que la orden del señor Juez a la devolución de estos conceptos, resulta desproporcionada pues mi representada los descontó y efectuó estos aportes pues en cumplimiento del deber legal.*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 4, «01Demanda.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 2 a 4, ibidem), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada del Régimen de Prima Media RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS con la AFP PORVENIR S.A. y los posteriores traslados horizontales con la AFP COLFONDOS y nuevamente la AFP PORVENIR. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante; se condene a la PORVENIR S.A y a COLFONDOS S.A, a liberar de sus bases de datos y devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES; a lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ilegalidad de la afiliación con destino a la AFP PORVENIR S.A. el 28 de enero de 1997, en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones integrales efectuadas por la demandante con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada ilegalmente a ese régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones integrales debidamente indexadas, resaltando que el reembolso de los recursos al RPMPD, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A. en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada ilegalmente en estas administradoras. Anotando que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de**

---

*Con base en lo anterior, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá sea revocada la sentencia y en consecuencia se absuelva a Porvenir de las condenas, muchas gracias».*

la accionante, los mismos deberán ser girados al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos no pueden permanecer en poder de PORVENIR S.A. al hacer parte tales recursos o ser fruto de el régimen o el sistema general de pensiones.

Lo anterior, tras considerar que la demandante venía afiliada del Instituto de Seguros Sociales al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y con posterioridad, no manifestó de manera expresa una selección de régimen pensional, específicamente el Régimen de Ahorro Individual o del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, circunstancias que en los términos del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente implicaba, que debía permanecer al menos durante los 3 años iniciales de vigencia de la Ley 100 de 1993 afiliada al RPMPD, encontrando que el 28 de enero de 1997, antes del vencimiento de esos 3 años iniciales, la demandante optó por trasladarse al RAIS, vulnerándose los términos de permanencia mínima establecida en la Ley 100 de 1993 que inicialmente era de 3 años, generándose por esta vía, la ilegalidad de su afiliación al RAIS, pues válidamente su traslado solo se podía dar a partir del 1° de abril de 1997. En estas condiciones, concluyó que efectivamente se dio una ilegalidad de la afiliación de la demandante, con violación de los términos de permanencia mínima que establecía la ley 100 de 1993 en su momento y, en consecuencia, carece de validez o de efectividad, debiéndose retrotraer las cosas a su estado original.

Pues bien, atendiendo tanto la alzada como los argumentos del juzgador de primer grado, el problema jurídico a solventar en esta instancia, se contrae a determinar si el traslado y/o afiliación de la demandante al RAIS, a través de PORVENIR se efectuó vulnerando los términos de permanencia mínima establecida en la Ley 100 de 1993, en su versión original, en caso contrario, se analizaría si dicho tránsito ocurrió bajo la libertad informada y por tanto si goza de eficacia.

Para resolver el problema jurídico propuesto, sea lo primero indicar, los artículos 11<sup>4</sup> y 15<sup>5</sup> del Decreto 692 de 1994, fijaron los plazos para la procedencia del traslado y establecieron dos escenarios posibles: de una parte, los afiliados que estuvieran vinculados al régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100

---

<sup>4</sup> «(...) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado»

<sup>5</sup> «Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, lo afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior».

de 1993, podían continuar automáticamente afiliados en el Instituto de Seguros Sociales o una Caja de Previsión Social y cambiarse en cualquier tiempo; y de otra, en aquellos casos en que hubieran hecho su selección inicial – RPM o RAIS- a partir de la entrada en vigencia del sistema pensional, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma aludida, el cual, como ya se dijo, se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003<sup>6</sup>.

Un traslado realizado por fuera del periodo mínimo de carencia que prevé la norma antes reseñada, es inválido, pues por disposición del artículo 17 del Decreto en comento, una vez habilitada la posibilidad de seleccionar cualquiera de los dos regímenes pensionales –RPM o RAIS-, esto es con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el afiliado sólo podría trasladarse cada 3 años, y con la Ley 797 de 2003 cada 5, so pena de que se declare la invalidez de dicho acto.

Conforme lo anterior, en primer lugar, corresponde a la Sala verificar, con ocasión al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la validez del traslado realizado por la demandante el 28 de enero de 1997 (pag. 28 «03Prueba.pdf») previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado en precedencia, advirtiendo que dicha vinculación no trasgredió el periodo de carencia que regula el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e)<sup>7</sup>, pues la selección inicial de régimen de la demandante ocurrió, precisamente, el 28 de enero de 1997, ya que antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, venía vinculada y efectuando aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de marzo de 1985<sup>8</sup>, tal como se verifica del folio 103, por lo que es a partir de ese momento -28 de enero de 1997- que podían comenzar a contarse los 3 años de restricción.

Sobre la interpretación de esta norma, el artículo 3º del Decreto 3995 de 2008 dio claridad suficiente al disponer que «*[l]as personas que venían vinculadas al Instituto*

<sup>6</sup> En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3475-2016, reiterada en sentencia SL2324 de 2019.

<sup>7</sup> «*Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional*».

<sup>8</sup> Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 13 de septiembre de 1991, expedido por COLPENSIONES y resumen de historia laboral expedido por el Ministerio de Hacienda.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008208275	FUNDACION EDUCACIONA	01/03/1985	31/08/1987	\$30.000	130,57	0,00	0,00	130,57
1008208275	FUNDACION EDUCACIONA	01/02/1988	01/09/1989	\$58.063	82,71	0,00	0,00	82,71
800246953	SECRETARIA DISTRITAL	01/01/1996	31/01/1996	\$697.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800246953	SECRETARIA DISTRITAL	01/02/1996	30/04/1996	\$496.000	12,86	0,00	0,00	12,86
800223954	HOSPITAL LA GRANJA N	01/06/1996	31/12/1996	\$496.000	30,00	0,00	0,00	30,00
800223954	HOSPITAL LA GRANJA N	01/01/1997	31/03/1997	\$587.000	9,71	0,00	0,00	9,71
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								270,14

de Seguro Social, ISS, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que no diligenciaron un formulario de afiliación o de ratificación ante dicho Instituto y seleccionaron el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, con o sin observancia del término legal establecido, (...) se entenderán válidamente vinculadas al RAIS». De tal modo, que en armonía con lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se entiende que continuó su afiliación a dicho instituto administrador del régimen de prima media, sin que sea necesario, que el afiliado efectúe «de manera expresa una selección de régimen pensional», como lo afirmó el a quo, de modo que, no debía permanecer en ese régimen pensional tres años con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según la tesis expuesta en el fallo objeto de estudio.

Al punto, conviene recordar el entendimiento expuesto por la Sala es el que ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral, verbigracia, en la sentencia CSJ SL2259-2022, donde señaló:

*«Ahora bien, conviene precisar que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, previeron dos escenarios posibles: (i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, quienes podían continuar automáticamente suscritos a dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) para las personas que hubieran efectuado su selección inicial después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes solo podían trasladarse luego de transcurridos 3 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la mencionada normativa, término modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual se amplió a 5 años».*

Por lo expuesto, les asiste razón a los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir, en cuanto aseguran que no se trasgredió el periodo mínimo de afiliación en el caso particular de la demandante.

No obstante tal situación no impide verificar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la actora del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, con asidero en la ausencia del suministro de información, que constituye la única y principal pretensión del libelo, a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, por lo que la Sala continuara el estudio de los puntos objeto de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Dicho traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, como ya se mencionó, acaeció el **28 de enero de 1997 con fecha de efectividad 1° de marzo de 1997** (páginas 61 y 67, «CONTESTACIÓN DEMANDA J38 2021-091.pdf»)

específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

En ese orden, valga anotar, 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 junio de 1965 (págs. 3 a 5, «03Prueba.pdf») por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su anulación y/o traslado del RPMPD al RAIS mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 04 de diciembre del año 2020 (páginas 6 a 12, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 55 años- en otros términos, cuando estaba inmerso en la prohibición para realizar el retorno al RPM, además, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional-tenía 55 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 82,71 semanas cotizadas al sistema equivalentes a 1 año y 7 meses (Reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con el expediente administrativo que fue incorporado de manera virtual y resumen de historia laboral expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público –págs., 65 «CONTESTACIÓN DEMANDA J38 2021-091.pdf» y págs. 1-2, «HISTORIA LABORAL ROSA EDIT ORTIZ GARCIA.pdf»), por lo que tampoco se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002<sup>9</sup>, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema de la ineficacia o nulidad del traslado, 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

---

<sup>9</sup> En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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*» (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 tunc*<sup>10</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código

<sup>10</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

*De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.*

*Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

*Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los

términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>11</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

<sup>11</sup> «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características 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 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

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***

---

*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.*

*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 accionante<sup>12</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un asesor de Porvenir la visitó y le indicó que al Seguro Social lo iban a liquidar, que estaba corriendo grandes riesgos, como no pensionarse nunca y que podía perder su dinero, porque los aportes los podía perder, razón por la cual, se asustó. Además, le habló de unas bondades, ventajas, beneficios para ella, entre las cuales, le aseguraron una mesada pensional más alta de la que en dado caso le pudiera dar el Seguro Social al momento de pensionarse; que podía pensionarse antes del tiempo establecido por la ley y sin ningún tipo de limitaciones, ni restricciones. Que otra gran ventaja era que podía retirar sus aportes en el momento que lo considerara necesario para hacer cualquier tipo de inversiones, sin limitación ni restricciones, que aparte de eso, sus herederos de ley podían retirar sus aportes en el momento que lo consideraran, en caso de muerte o fallecimiento suyo. En tal sentido, explicó que eran grandes ventajas las que le ofreció el fondo de pensiones PORVENIR y por ello accedió a realizar el traslado totalmente convencida y confiada en lo que este asesor le estaba diciendo, por estimar que era realmente cierto y benéfico para para su futuro pensional.

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

---

<sup>12</sup> Audiencia 05 de septiembre de 2022, récord 38:15

tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (Página 28, «03Prueba.pdf»), 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 CSJ 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 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 al 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 del 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 (27 de enero de 1997, efectivo el 1 de marzo 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 CSJ SL12136-201, 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 STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Página 67, «*CONTESTACIÓN DEMANDA J38 2021-091.pdf*»), 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, ibidem.

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 CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

*«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».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

***«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con***

***la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.*** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «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, se indicó que «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»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (ver certificación página 60, ibidem), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionarán los numerales tercero y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR y COLFONDOS además de lo ordenado por el Juez *a quo*, esto es, las cotizaciones y saldos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, deberán también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de 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 sobrevivencia<sup>13</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>14</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así

<sup>13</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>14</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 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 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).*

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 de la demandante.

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

*«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del*

*derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

[...]

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

*«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)*».

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>15</sup> (Página 18 «Contestación Rosa Edit Ortíz García.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

<sup>15</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 09 de marzo de 2022, («09AutoRequiere20220309.pdf»).

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 modificará la decisión de primer grado y se adicionará en los puntos 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 **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que se declara la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 28 de enero de 1997, efectivo a partir del 1 de marzo de ese año, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora 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, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a dichas administradoras, conforme lo considerado.

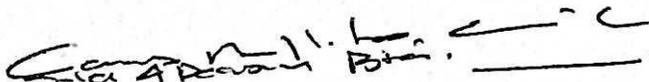
**TERCERO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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