

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

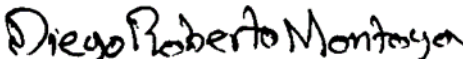
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CECILIA DEL SAGRADO  
CORAZON HANABERGH AMORE CONTRA LA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y  
PROTECCIÓN S.A. (RAD. 23 2022 00152 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARTHA CECILIA RENDON GUTIERREZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su calidad de representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado 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 1º 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 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 25 de noviembre del 2022 (Exp. Digital: 15Audiencia20221125Grabacion, récord: 53:12), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.**

**SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de diciembre de 1996 hasta el 24 de noviembre de 2003, con motivo de la afiliación de la demandante CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.**

**PARÁGRAFO:** Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante.

**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 hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.**

**CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.**

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

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**SEPTIMO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**. ”.

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

Así, en primer lugar, PORVENIR apeló la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS, así como las condenas impuestas en contra de dicha AFP, precisando (récord 57:48, archivo 15Audiencia20221125Grabacion)<sup>1</sup>, si bien es cierto que existe línea jurisprudencial

---

<sup>1</sup> **Recurso Porvenir S.A.:** “Gracias su señoría por el uso de la palabra, de manera muy respetuosa me permito apelar la sentencia proferida por su despacho solicitando a la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a revocar la presente decisión en lo que corresponde en primer lugar a la declaratoria de ineficacia al traslado de la demandante realizado con COLMENA en el año 1996 y el posterior traslado a mi representado en el año 2003 las condenas impuestas en contra de mi representada y especialmente la condena de los emolumentos de manera indexada Honorables Magistrados, si bien es cierto que existe línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información esta línea la misma Corte Suprema de Justicia ha aclarado que solo resulta aplicada de manera diferenciada según los supuestos fácticos, de los cuales se exige una similitud que en el presente caso a juicio de mi representada no se presentan como quiera que la aquí demandante como quedó probado en el proceso se afilió de manera libre y voluntaria e informada todo con sustento a las cargas a las AFPS COLMENA y HORIZONTE hoy PROTECCIÓN y PORVENIR impuestas para el año 1996 y para el año 2003 fechas en los que se producen los traslados los términos tan rigurosos por los que dicen reprocha a las AFP, solo fueron impuestos posteriormente y las declaraciones cuando nacen su contra solo desconocen el principio de la retroactividad y de la seguridad jurídica, también estoy pidiendo de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados, tengan en cuenta que mi representada no tuvo ninguna intervención con el traslado de régimen del aquí demandante por lo que actúa dentro del presente proceso como tercero de buena fe y recibió la demandante simplemente porque ella cumplía con los requisitos para ello.

Ahora bien Honorables Magistrados, no existen razones jurídicas que impliquen la ineficacia del traslado pues la decisión tomada por la parte actora como quedó probado en su interrogatorio de parte fue de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de apremio por cuanto en un primer momento quedó probado que recibió información por parte de un asesor de COLMENA en el año 1996 también que suscribió un formulario de ley tanto con COLMENA como con HORIZONTE hoy PORVENIR que cumplía con los requisitos de ley fue entonces aprobado por la Superintendencia Bancaria como un tercer punto manifestó expresamente que no estuvo coaccionada para hacerlo en la firma de ninguno de estos dos formularios y como tampoco objeto y luego sus dudas ante ninguna AFP por durante más de 20 años y teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte indica que únicamente su inconformidad nace hace 2 o 3 años cuando se entera la diferencia de la mesada pensional que tendría tanto en PORVENIR como en COLPENSIONES.

También Honorables Magistrados, teniendo en cuenta que la demandante como se hizo evidente es un interrogatorio de parte trató de retornar al Instituto de Seguros Sociales dos años después de esa filiación con COLMENA, pero se le indica que no había cumplido con el término mínimo de permanencia para surtir su traslado es decir la demandante conocía que podía retornar a COLPENSIONES conocía que eran diferentes los regímenes puesto que trató de hacer esta devolución y además conocía que existía un término mínimo de permanencia y aun así conociendo el término mínimo de permanencia no intentó después retornar nuevamente a COLPENSIONES.

Ahora bien, en lo que respecta a la condena de devolver conjuntamente rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales mi representada también se aparta muy respetuosamente de esta condena, pues bien no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia ex nunc en unos sentidos y en otros no como que como quiera que tal como lo ha manifestado la honorable Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia los efectos de dicha figura jurídica son o en y abro comillas declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado

sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información la misma Corte Suprema de Justicia ha aclarado que solo resulta aplicable de manera diferenciada según los supuestos fácticos, de los cuales se exige una similitud que en el presente caso no se presentan como quiera que la aquí demandante se afilió de manera libre y voluntaria e informada a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN para el año 1996 y HORIZONTE hoy PORVENIR para el año 2003, aludió que dicha AFP no tuvo ninguna intervención en el traslado de régimen.

---

*jamás cierro comillas en ese sentido se tendría que los rendimientos dados por la administración de los recursos del aquí demandante por parte de mi representada tampoco se generaron asimismo cabe advertir que estos rendimientos financieros al ser completamente privativos del régimen de ahorro individual pondrían al aquí demandante en una condición diferente a la que se encontraría al pertenecer al régimen de prima media dado que recibiría de dineros que simplemente no se generan en este régimen pensional en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.*

*Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil se es necesario entonces hacer aplicación de las restituciones mutuas y autorizar el descuento a mi representada de los gastos de administración ya que independientemente del motivo que haya dado lugar a la eficacia al fondo se le deben reconocer los gastos que hizo en favor de la que afiliada para generar rendimientos financieros que como está probado dentro del proceso en el caso del aquí demandante fueron más de 70 millones de pesos reconocidos hacia ella como rendimientos financieros debe reconocerse que PORVENIR a administrar los recursos ostensiblemente aumentados como se dijo anteriormente y tiene derecho a una compensación económica y a las restituciones mutuas y no un traslado plano de los recursos hacia COLPENSIONES nuevamente no ordenar la aplicación de estas restituciones mutuas solo conlleva un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPM que se termina beneficiando de una administración de recursos que no hizo por los periodos que hoy se anulan con la declaratoria de la ineficacia.*

*Ahora bien, también hay que tener en cuenta que existe una norma que regula específicamente cómo deberían hacerse el traslado entre regímenes pensionales es decir del RPM al RAIS y esto es el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 consideramos entonces que existiendo una norma que regula la situación pues no debería existir ninguna razón atendible para apartarse de ella e incluir conceptos que no contiene y que por razones de lógica y atendiendo a su naturaleza constituyen un límite a los efectos retroactivos de la ineficacia declarada.*

*Ahora bien, mi representada también se aparta de la condena a devolver los seguros previsionales esto teniendo en cuenta que mi representada ya retornó estos valores a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y que fungen como terceros de buena fe y además teniendo en cuenta que la demandante tuvo cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte durante toda su afiliación es decir del año 2004 que se hace efectiva la afiliación hasta la actualidad estos dineros cumplieron la finalidad establecida en la Ley por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.*

*Ahora bien y por último en cuanto a la condena de devolver los emolumentos de manera indexada me representada, también se aparta de esta condena pues viene a traer a colación la sentencia de la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Cundinamarca de Radicado 2021 00111 donde al revisar un caso similar llega a la siguiente conclusión y me permito abrir comillas sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante ya que en este caso como lo refiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con el dinero por la AFP, como consecuencia de la afiliación de la aquí demandante, por lo que entiende la sala que este rubro sería completamente excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocará la decisión en este aspecto teniendo en cuenta lo anterior se pide a los Honorables Magistrados que en caso de decidir que es necesario confirmar la sentencia del a quo y de confirmar la decisión de declarar la ineficacia se pide revoque la decisión de devolver los momentos de manera indexada, esto teniendo en cuenta que mi representada ya fue condenada a la devolución de los rendimientos financieros y que condenar también a la indexación sería una doble sanción por un mismo motivo.*

*Ahora bien, también terminaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES nuevamente, es por todo lo anterior que solicito muy respetuosamente Al Honorable Tribunal Superior de Bogotá a revocar la sentencia de instancia, respecto de las condenas impuestas en contra de mi representada, gracias.”.*



Añadió, no existen razones jurídicas que impliquen la ineficacia del traslado pues la decisión tomada por la parte actora fue de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de apremio por cuanto en un primer momento quedó probado que recibió información por parte de un asesor de COLMENA en el año 1996 también que suscribió un formulario de ley tanto con COLMENA como con HORIZONTE, cumpliendo con los requisitos aprobado por la Superintendencia Bancaria. Apuntó que la actora no estuvo coaccionada para firmar ninguno de los dos formularios, así como tampoco objetó por más de 20 años.

Insistió el recurrente Porvenir, la actora trató de retornar al Instituto de Seguros Sociales dos años después de la afiliación con COLMENA, pero se le indicó que no había cumplido con el término mínimo de permanencia para surtir su traslado, entendiendo que la demandante conocía que podía retornar a COLPENSIONES y además conocía que existía un término mínimo de permanencia y aun así no intentó después retornar nuevamente a COLPENSIONES.

En cuanto a la condena consistente en devolver los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, señaló no resultar coherente como quiera que los efectos de dicha figura jurídica son *“declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”*, en ese sentido se tendría que los rendimientos dados por la administración de los recursos de la aquí demandante tampoco se generaron. Completó que estos rendimientos financieros al ser completamente privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría al pertenecer al régimen de prima media dado que recibiría dineros que simplemente no se generan en este régimen pensional en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

A su vez citó el contenido del artículo 1746 del Código Civil, resaltando ser necesario hacer aplicación de las restituciones mutuas y autorizar el descuento frente a los gastos de administración ya que, independientemente del motivo que haya dado operado a la ineficacia a la AFP se le deben reconocer los gastos que hizo en favor de la afiliada para generar rendimientos financieros.

En su sentir está probado dentro del proceso que se le reconoció a la actora más de 70 millones de pesos por concepto de rendimientos teniendo derecho en este orden a una compensación económica y a las restituciones mutuas y no un traslado plano. Sumó que hay que tener en cuenta que existe una norma que regula específicamente cómo deberían hacerse el traslado entre regímenes pensionales es decir del RPM al RAIS, siendo el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 por lo que al existir una norma que regula la situación no es atendible de ella e incluir conceptos que no contiene y que por razones de lógica y atendiendo a su naturaleza constituyen un límite a los efectos retroactivos de la ineficacia declarada.

Sumado a lo anterior, se apartò de la condena relacionada con devolver los seguros previsionales, teniendo en cuenta que la AFP ya retornó dichos valores a las respectivas aseguradoras contratadas y que fungen como terceros de buena fe, sumado, a la cobertura de riesgos de invalidez y muerte durante toda la afiliación hasta la actualidad.

Por último, en cuanto a la condena de devolver los emolumentos de manera indexada trajo a colación la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca con radicado No. 2021 00111 donde en un caso similar la Sala de dicha Corporación consideró que, la devolución de los rendimientos financieros como consecuencia de la afiliación sería completamente excluyente con la indexación, agregó como soporte de este argumento, que se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES, argumentó en el recurso (*récord 1:04:34, archivo 15Audiencia20221125Grabacion*)<sup>2</sup>, la simple manifestación de

---

<sup>2</sup> **Recurso Colpensiones:** “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral de la siguiente manera, en primera medida Honorables Magistrados téngase en cuenta que en el presente caso la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando la demandante realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada de información por parte del fondo, la anterior teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que su principal motivación de dicho proceso es porque se se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, siendo en realidad pues que en el presente caso no se logra probar una información equivocada o falas por parte de los fondos máxime si se tiene en cuenta que para el año el traslado de la demandante esto es para el año 96 los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado y pues exigir al fondo documentos o proyecciones es desproporcionado esto teniendo en cuenta que la afiliación y la asesoría se efectuó en vigencia el decreto 663 de 1993 por lo tanto pues no hay lugar a la ineficacia decretada pues téngase en cuenta Honorables Magistrados, que en el presente caso lo que existió fue un

inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando la demandante realizó el traslado lo haya hecho movida por un engaño o por una equivocada de información por parte del fondo, esto, teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que la principal motivación de este proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir por parte del RAIS, no lográndose probar una información equivocada o fallas por parte de los fondos máxime si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante, esto es, para el año 1996 los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado y exigir al fondo documentos o proyecciones es desproporcionado, en atención que la afiliación y la asesoría se efectuó en vigencia el Decreto 663 de 1993,, por lo tanto, consideró no hay lugar a la ineficacia.

Seguidamente, relató que existió un desinterés o descuido por parte de la demandante ya que ella misma decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años sin presentar inconformidad alguna, resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la provisión del traslado señalado en la Ley 797 del 2003, modificada por la Ley 100 de 1993, no siendo beneficiaria del régimen de transición por semanas por lo que no le es aplicable el contenido de las sentencias de la Corte Constitucional, citando al efecto, la SU 130 del 2013 y SU 062 del 2010.

Finalmente, expresó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo pues no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, esto, teniendo en

---

*desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria por más de 20 años sin inconformidad alguna durante este periodo ante dichos fondos también es importante resaltar pues que la demandante ya se encuentra inmersa en el traslado en la provisión del traslado señalado en la ley 797 del 2003 que modificó la ley 100 del 93 y no es beneficiaria del régimen de transición por semanas de manera que no le son aplicables las sentencias de la De constitucional como lo es la SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010 por último Honorables Magistrados también es importante resaltar que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo pues no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez esto teniendo en cuenta la llamada expectativa legítima, como lo menciona la sentencia C-789 del 2002.*

*Por lo anterior, Honorables Magistrados, solicitó de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte demandante gracias”.*

cuenta la llamada expectativa legítima, como lo menciona la sentencia C-789 del 2002.

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: «04.SubsanacionDemanda.pdf», páginas 3 a 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 7, ibidem), aspirando se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por presentar vicio en el consentimiento por haber sido víctima de engaño por parte de las Administradoras de Pensiones Porvenir S.A y Protección S.A. al no haberse realizado la correspondiente asesoría de acuerdo con la realidad de la situación pensional, valiéndose de informaciones falsas, faltas de claridad y engaños, se declare el derecho a permanecer afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, que es Colpensiones la entidad que debe administrar los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y es la entidad competente para decidir sobre el derecho pensional que le asiste, se ordene el traslado de los aportes realizados de la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones con los rendimientos correspondientes y todos los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, una vez recibidos los aportes de la AFP PORVENIR S.A, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debe actualizar la Historia Laboral, consecuente con esto, solicitó condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar en el menor tiempo posible los aportes realizados, a COLPENSIONES a recibir el traslado de los aportes realizados en la AFP PORVENIR S.A., se condene a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES a actualizar la Historia Laboral una vez reciba los aportes trasladados por parte de la AFP PORVENIR S.A., pago de costas y agencias en derecho y derechos ultra y/o extra patita que resulten probados dentro del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado**

efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de diciembre de 1996 hasta el 24 de noviembre de 2003, con motivo de la afiliación de la demandante **CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. A su vez, se autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR.

Igualmente, se ordenó a PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **CECILIA DEL SAGRADO CORAZÓN HANABERGH AMORE** junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, adicionalmente, condenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 17 de junio de 1966 (*página 4, archivo 01DemandaAnexos.pdf*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado a través de las peticiones elevadas ante COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN el 04 de febrero de 2022 (*páginas 13 a 19, 20 a 24 y 8 a 12, respectivamente, archivo ibidem*), esto es, cuando se encontraba a 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 302,29 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: «08.ContestacionPorvenir.pdf», páginas 114 a 120), 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 **02 de octubre de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de diciembre de 1996** (*páginas 37 y 61, archivo 01DemandayAnexos.pdf, página 111, archivo 08ContestacionDemandaPorvenir.pdf y página 46 09.ContestacionProteccion.pdf*), por afiliación que hiciera inicialmente a COLMENA hoy PROTECCIÓN, 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 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando

ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondos accionados COLMENA hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>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 dla demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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:

---

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

*“(…).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS, deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

(...)

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>6</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las

<sup>6</sup> **Interrogatorio Demandante (15Audiencia20221125Grabacion.mp4, récord 10:30 a 18:34):** “No tengo pensión alguna, trabajo actualmente en la Fundación Santa Fe como Coordinadora de Laboratorio, yo comencé mi vida laboral en el año 1988 comencé a cotizar con el Fondo de Pensiones, era Seguros Social, luego trabajé en la asociación de derechos humanos, luego Garcés Rojas donde cotice con el ISS y luego, en una empresa pequeña pasando a la Fundación en el cargo desde hace 27 años, en 1996 cuando llegue a la Fundación nos dijeron que el ISS se iba acabar y nos teníamos que pasar a un fondo privado y que íbamos a perder la plata. Ahí llegó a la Fundación un funcionario a llevarnos el funcionario y dijeron que lo firmáramos,

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que comenzó su vida laboral en el año 1988 cotizando al Fondo de Pensiones Seguros Sociales, luego, se vinculó a la Fundación Santa Fe, en el año 1996 llegó a la sociedad el asesor y le indicaron que el ISS se iba acabar, que debía pasarse a un fondo privado para que no perdiera la plata. Puntualmente, expuso que un funcionario le entregó un formulario para que lo que firmara y desde ese momento estuvo afiliada, manifestó de manera clara que, no le indicaron nada sobre rendimientos, de aportes voluntarios, no le informaron las características, le dijeron que no seguiría más el Seguro Social, así como solo le preguntaron si tenía hijos y el nombre de su esposo. La deponente al realizar el traslado, entendía que se trataba de una cuenta donde llegaba los aportes, pero no tenía claro el procedimiento y riesgos al no brindársele una información clara y completa, en síntesis, concluye la Sala que, al momento de la afiliación, la demandante no se reunió con ningún asesor de la AFP.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y mucho menos que COLMENA hoy PROTECCIÓN, hayan 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

---

*yo lo firmes y desde ese momento estuve afiliada, me dijeron que yo podía pensionarme en cualquier momento y que la plata se pasaba en cualquier momento y eso lo hicieron con mis compañeros, a nosotros nos reunieron y nos indicaban que nos pasáramos al fondo privado en ese momento, no indicaron nada de rendimientos, nada de aportes voluntarios, no informaron las características, dijeron que no había más seguros social, me preguntaron si tenía hijos y quien era mi esposo y por eso di mis datos, no tengo claro ningún aspecto, entiendo que era una cuenta donde llegaba mis aportes y por es llegaba la plata pero no lo tengo claro, no me dieron más información de eso, los extractos llegaban periódicamente pero llegaban, me traslade de fondo porque yo estaba trabajando en la Fundación y me llevo el formulario y dijeron que ahora iban a trabajar con ese fondo, fue más por la empresa y que era del sector salud, no me reunió con ningún asesor del Fondo”.*

**A instancia de Protección (récord 18:34 a 20:26, ibidem):** “A Colmena me afilie presionada no, pero si por las circunstancias que se iba a acabar el ISS, la demanda es porque el monto de la pensión, por mi estabilidad económica, en el fondo privado no me dijeron la verdadera mesada y esta comparada con Colpensiones es mucho más favorable, mis compañeras que se pensionaron reciben 1 smmlv con el fondo privado”.

**A instancia de Porvenir (récord 20:27 a 23:40, ibidem):** “En el 2003 para la firma del formulario no fui presionada, realmente fue por desconocimiento por no averiguar, no recibí información pero no por presión, los extractos que llegan no los entiendo, no los leo, de pronto veo cuanto ahí pero en realidad no es que tenga entendimiento, veo que hay una suma de tal año a tal año pero en realidad no lo entiendo, recién intente retornar a Colpensiones, eso fue como en el 2017 pero fue hace mucho tiempo, yo entendía que las formas de pensionarse era las mismas solo hasta ahora que me di cuenta de las variaciones”.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (página 52, archivo 09ContestacionProteccion.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 SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la 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, aportando como medio de convicción el formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

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

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

*...*

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

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

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

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



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

Como se ve, ya para el año 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (02 de octubre de 1996, efectivo el 1º de diciembre de 1996) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

De igual forma, es menester precisar a la entidad recurrente Colpensiones, el hecho que la demandante hubiese efectuado un traslado entre AFP's no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que, si bien se trató de traslado, el mismo fue dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<sup>7</sup>.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., último fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Páginas 77, archivo 08ContestacionPorvenir.pdf*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>8</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>9</sup>, las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

---

<sup>7</sup> “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...).”

<sup>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

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

*es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

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

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

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

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los*

*fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

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

Es de advertir a COLPENSIONES y PORVENIR en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017, radicado 46128 y SL 4099 de 2019, radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>10</sup>, a favor de quien se surte la consulta (*página 18 a 19, archivo 10ContestacionDemandaColpensiones.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.

---

<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 10 de octubre de 2022 2 (*11AutoFijaFechaAudiencia10Octubre2022.pdf*).

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 trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

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

De cara a la petición subsidiaria realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo

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

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

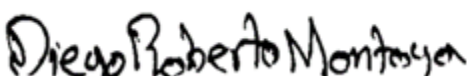
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **SEGUNDO** y **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados 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 esas administradoras, conforme lo considerado.

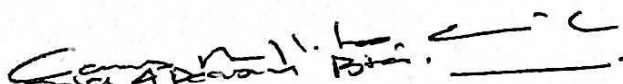
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.



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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MATILDE NIETO CONTRERAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 24 2020 00358 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de julio del 2022 (Exp. Digital: Archivo 25, récord: 1:40:06), en la que se resolvió:

**«PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Matilde Nieto Contreras a régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1997 de conformidad con las razones expuestas pues en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO. - DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora Matilde Nieto Contreras nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contrario a ello siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida

**TERCERO.-ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MATILDE NIETO CONTRERAS como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses cómo lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en cuanto que obliga a devolver lo relativo a gastos de administración y comisiones

*con cargo a sus propias utilidades pues desde el nacimiento del acto de ineficacia esos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.*

**CUARTO. -ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CEANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensión por concepto de gastos de administración debidamente indexados conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO. -ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir a la señora MATILDE NIETO CONTRERAS, como su afiliada, actualizar y corregir su historial laboral una vez recibidos los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS.

**SEXTO. -DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

**SEPTIMO. -ABSOLVER** a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora MATILDE NIETO CONTRERAS conforme a lo motivado.

**OCTAVO. - Sin condena en costas**

**NOVENO. - en el caso que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social».**

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica no compartir los efectos jurídicos que se le da a la ineficacia respecto de la condena de la devolución de los gastos de administración indexados, considerando ello resulta improcedente toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que su representada ya devolvió al momento del traslado horizontal de la parte demandante teniendo en cuenta que se está condenando por un rubro que ya se compensó.

Indica que resulta incompatible ordenar una indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se vieron afectados por la inflación y por el contrario generaron unos rendimientos financieros por encima del mínimo establecido por la Superfinanciera, citando al efecto decisiones del Tribunal Superior de Cundinamarca

y del Tribunal Superior de Cali, solicitando por ende se revoque tal condena. (Exp. Digital: Archivo 25, récord: 1:43:10<sup>1</sup>)

A su turno, COLPENSIONES solicita revisar la declaratoria de ineficacia que se efectuó teniendo en cuenta que se está haciendo la inversión de la carga de la prueba de manera automática, no obstante no se está teniendo en cuenta que para el momento del traslado inicial la demandante recibió la información que era necesaria para ese momento y que le era exigible a los fondos privados, precisando las consecuencias jurídicas de allí derivadas no le podían ser del todo desconocidas en atención a que era una usuaria que cuenta con estudios que le permiten tener claridad respecto de las consecuencias jurídicas en un negocio.

Señala que la demandante se encuentra inmersa en la imposibilidad legal de trasladarse, afectando directamente el principio de sostenibilidad financiera del sistema, el cual no puede desconocerse si a COLPENSIONES se le están imponiendo cargas adicionales a las que ya tiene con los afiliados que cuenta,

---

<sup>1</sup> “Muchas gracias señorita me permito interponer recurso de apelación, en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, con base en los siguientes argumentos Honorable Tribunal Superior de Bogotá no comparte mi representada los efectos jurídicos que se le a esta ineficacia declarada por el a quo respecto de la condena de la devolución del gasto de administración de suma indexada por lo que me permitió e interponer recurso de apelación parcial más específicamente en contra del numeral cuarto de la parte resolutive en primer lugar la condena en con la condena impuesta relativa del pago de sumas ordenada devolver de manera indexada esto de los gastos de administración constituye improcedente toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que mi representada ya devolvió al momento del traslado horizontal de la parte demandante teniendo en cuenta que se está condenando a mi representado por un rubro que ya ésta compensó, en ese sentido la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016 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 la economía en este orden de ideas teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS se encuentran la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados resulta incompatible ordenar una indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se vieron afectados por la inflación y por el contrario generando unos rendimientos financieros, inclusive por encima el mínimo establecido por la Superfinanciera, en ese sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Laboral dentro del proceso ordinario 2021 111, donde fue comandante la señora Felisa León Poveda indicó abro comillas “Sobre el particular se considera que las hiciera el apelante ya que en este caso como lo refiere está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro ese que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante por lo que entiende la Sala que ese rubro, sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocará la decisión en ese aspecto. Frente a este punto, la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 Código Civil esto es con los rendimientos que se hubieren causado” y en esa misma línea la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre del 2022 dentro del proceso ordinario 015202100489 indicó “Frente a la indexación la sala considera que no hay lugar a esta imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revocará dicha determinación y en su lugar se ordenará devolver todas las sumas junto con los rendimientos”

En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación parcial, no sin antes solicitarle al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque parcialmente el numeral 4 de la parte resolutive para en su lugar indicar que la devolución de los gastos debe realizarse sin indexación alguna.”

afectando gravemente con ello el régimen de prima media. (Exp. Digital: Archivo 25, récord: 1:46:27<sup>2</sup>)

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (págs. 5 y 6 «*Archivo 01 expediente digital*»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 6 a 10 *ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, a Colpensiones reactivar la afiliación en el RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral y condenar a las AFP accionadas al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados en 200 smmlv, o la suma que el juez considere, como también al pago de las costas. En**

---

<sup>2</sup> “Gracias su señoría, me permito presentar recuro de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho para que, ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, Sala Laboral, se revoque el mismo atendiendo a las siguientes consideraciones que de manera muy resumida paso a exponer.

En el presente asunto, le solicito a los honorables Magistrados revisar la declaratoria de nulidad del traslado de ineficacia que se efectúa teniendo en cuenta que se está haciendo la inversión de la carga de la prueba de manera automática, no obstante pues no se está teniendo en cuenta que para el momento del traslado inicial en efecto la demandante recibió la información que era necesaria para ese momento y que le era exigible en ese momento a los fondos privados, para para efectuar este tipo de negocios jurídicos de negocios y en atención pues las consecuencias jurídicas de allí derivadas no le podían ser del todo desconocidas en atención a que estamos hablando de un usuario que no tiene esa categoría de lengua en atención a que pues por cuenta con estudios que le permiten puedes tener claridad respecto de esas consecuencias jurídicas en un negocio, así entonces pues no se puede inferir que el presente asunto haya existido una omisión de la información por parte de los fondos privados ni que haya existido un vicio del consentimiento al momento en que se efectúa este traslado de igual manera se recalca que en este asunto pues se efectuaron varios traslados horizontales en el régimen Individual con solidaridad pudiendo la demandante haber efectuado dicho traslado en algún momento en al régimen de prima media administrado por mi representada pues si bien ella alega dentro de sus dentro del interrogatorio de parte que les practicado por COLPENSIONES no hacía presencia, en ninguno de estos momentos en los que ella en los que ella, firmó sus distintos contratos lo cierto es que pues el régimen de prima media ya se encontraba habilitado ya pudiendo haberse acercado y solicitar su afiliación de manera voluntaria. No obstante no lo hizo y solamente pretende ahora realizarlo cuando ya pues eh cómo se dijo de los alegatos de conclusión se encuentra inmersa en la imposibilidad legal de hacerlo por ello le solicito respetuosamente al honorable tribunal revocar esta decisión en atención a que si se está afectando directamente al principio de sostenibilidad financiera en el sistema, no puede desconocerse si a COLPENSIONES se le están imponiendo cargas adicionales a los a las que ya tiene con los afiliados que cuenta y en razón de ello pues sí se está afectando gravemente el régimen de prima media con ello pues dejo sentados mis alegatos de conclusión, gracias señoría perdón mi recurso de apelación gracias su señoría.”

subsidio solicita se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS en el año 1997, en consecuencia, condenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, igualmente ordenó a PORVENIR y a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados, ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral y absolvió de los perjuicios morales solicitados, ante la ausencia de prueba de los mismos. 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 si bien se pudo haberle brindado información sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, conforme a la copia de la cedula de ciudadanía obrante en el expediente, se tiene que la demandante nació el 20 de enero de 1961 (pág. 24 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada

---

<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”.

ante COLPENSIONES, COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN el 18 de marzo del 2020 (Páginas 64 a 76, 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 – (*vinculada al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no interconectadas IPSE en el cargo de Auxiliar Administrativo ver pág. 49 Archivo 1 expediente digital*<sup>4</sup>), pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 65.29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 1 año, 3 meses y 7 días (Página 67, *Archivo 4 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **18 de marzo de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo de 1997** (Página 26 Archivo 1 expediente digital y página 34 Archivo 4 expediente digital) por afiliación que hiciera a la AFP COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

---

<sup>4</sup> En dicho Certificado de Información Laboral se indica que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia para ese empleador el 1° de abril de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

---

<sup>5</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 SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

2011<sup>6</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452-2019, los siguientes apartes:

---

<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.

“(…).

“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.

**«(...) 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

---

*“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.

*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>7</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de COLFONDOS llegó al Hospital Trinidad Galán donde trabaja y le indicó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que se iban a perder los aportes que allí tenía, que era más benéfico, y por ello tomó la decisión de firmar el formulario, pero no le dieron más información.

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

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de COLPENSIONES, 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.

---

<sup>7</sup> Audiencia 1º de diciembre del 2022, récord 24:24

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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (Página 27 Archivo 1 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias 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 COLFONDOS, proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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



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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(18 de marzo de 1997, efectivo el 1 de mayo de ese año)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (pág. 34, Archivo 4 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 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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, 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, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el numeral tercero y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS deberán retornar además de lo anterior, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>8</sup> y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>9</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo 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**».*

Disponiéndose igualmente que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

<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

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

Precisando a la recurrente PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de 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 y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de 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 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).*

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con*

*prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>10</sup> (págs. 33 y 34 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 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 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 **TERCERO y CUARTO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia 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 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

---

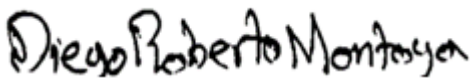
<sup>10</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de enero del 2022, archivo 9 expediente digital.

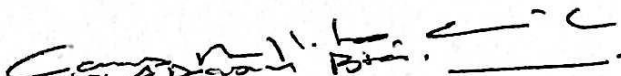
respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ OSWALDO  
OCAMPO CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 24 2021 00421 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de diciembre del 2022 (Exp. Digital: Archivo 19, récord: 1:05:22), en la que se resolvió:

**«PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la vinculación que hizo el señor JOSÉ OSWALDO OCAMPO CASTRO al régimen de ahorro individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, el día 24 de septiembre de 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor JOSÉ OSWALDO OCAMPO CASTRO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos lo que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor JOSÉ OSWALDO OCAMPO CASTRO a este régimen como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que PROTECCION debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de pensión

mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir al señor JOSÉ OSWALDO OCAMPO CASTRO, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION.

**QUINTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SEPTIMO:** En el evento que no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente de mi país el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.»

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló señalando que de las pruebas obrantes en el expediente no se logra concluir que en efecto haya existido alguna omisión en la información o algún vicio del consentimiento en cabeza del demandante que fundamente la declaratoria de nulidad o ineficacia.

Precisa que con este tipo de fallos se esta sobrecargando al sistema afectando el principio de la sostenibilidad financiera, en atención a que se le están imponiendo a Colpensiones cargas adicionales a las que ya tiene con sus usuarios naturales, solicitando por ende revocar la decisión y en su lugar absolver a la entidad de las condenas impuestas. (*Exp. Digital: Archivo 19, récord: 1:07:39<sup>1</sup>*)

---

<sup>1</sup> “Gracias su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, para que ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral se revoque el mismo atendiendo a las consideraciones que paso a exponer:

Es importante señalar que de las pruebas que fueron recaudadas en esta diligencia y que fueron pues analizadas por la Juez de instancia para tomar la decisión de declarar la nulidad o ineficacia de traslado en el presente asunto, pues a juicio de está apoderada no se logra concluir que en efecto haya existido alguna omisión en la información o algún vicio del consentimiento en cabeza del demandante para que se sustente, para que se fundamente la declaratoria de nulidad o ineficacia.

Sería entonces importante resaltar al Honorable Tribunal que no pretende esta apoderada de ninguna manera desconocer la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto de la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, no obstante resulta que este tipo de declaratorias pues está sobrecargando el sistema, el régimen de prima media que gobierna mi representada y en tal sentido pues está afectando de manera directa o indirecta dicho principio, en atención a que se le están imponiendo a Colpensiones cargas adicionales a las que ya tiene con sus usuarios naturales, por ello le solicito respetuosamente al Tribunal revocar la decisión de esta instancia y en su lugar absolver a mí representada de todas y cada una de las condenas que le fueron impuestos, gracias 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 de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (págs. 5 y 6 «*Archivo 01 expediente digital*»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 6 a 10 *ibidem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia se condene a Protección S.A. al traslado de la cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos financieros y gastos de administración, condenas *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 24 de septiembre del 2002, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, igualmente ordenó a Colpensiones recibir al demandante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada SANTANDER hoy PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información 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>2</sup>.

Así las cosas, se tiene que la demandante nació el 5 de mayo de 1960<sup>3</sup>, 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES los días 2 y 3 de febrero del 2021 respectivamente (Páginas 58 a 61, 78 a 79 y 82, Archivo 1 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 –, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 234 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 4 años, 6 meses y 18 días (Página 85, Archivo 7 expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **24 de septiembre del 2002** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de ese año** (Páginas 29 y 30 Archivo 7 expediente digital) por afiliación que hiciera a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal

---

<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”.

<sup>3</sup> Conforme lo indicó en la audiencia del 16 de diciembre del 2022 donde se practicó su interrogatorio de parte, como también se puede ver del formulario de afiliación a Santander (pág. 29 Archivo 7 expediente digital).

información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex 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 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*

---

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

*privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en



lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN antes SANTANDER.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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, radificaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

“(…).

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

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452-2019, los siguientes apartes:

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

(...)

---

*“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 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>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de SANTANDER llegó al lugar de su trabajo OPEN MARKET y le indicó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, como el de Santander el cual contaba con mayor respaldo económico, obtendría más rentabilidad, mejores beneficios y podría retirar su dinero cuando quisiera.

---

<sup>6</sup> Audiencia 16 de diciembre del 2022, récord 13:22

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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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 SANTANDER 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.

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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN (Página 29 Archivo 7 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por 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 SANTANDER hoy PROTECCIÓN, proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La*

actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2002, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes SANTANDER, omitió en el momento del traslado de régimen (24 de septiembre del 2002, efectivo el 1 de noviembre de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar no tiene incidencia alguna que 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 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, aportes para el Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, 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, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN, deberá retornar además de lo anterior, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>7</sup> debidamente indexadas 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.

Disponiéndose igualmente 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

---

<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

oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del



sistema o que 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (págs. 36 y 37 Archivo 6 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia 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 adicionarán 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 17 de noviembre del 2022, archivo 14 expediente digital.

## RESUELVE

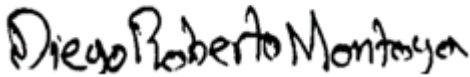
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES además de lo ordenado por la Juez *a quo*, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

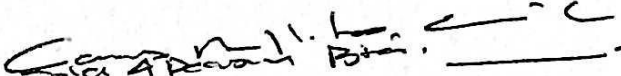
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILFREDO JOSÉ ANAYA PRIMERA CONTRA INGERDICON S.A.S. e ISRAEL SANA (RAD. 31 2018 00618 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Sea lo primero indicar, en cuanto a la solicitud elevada por la apoderada del demandado ISRAEL SANA de practicar nuevamente el interrogatorio de parte al demandante y los testimonios decretados en primera instancia, baste con señalar tal petición se torna a todas luces improcedente como quiera dicha etapa procesal ya se surtió en primera instancia, conforme lo establece la ley procesal laboral (Art. 80 del C.P.L) y en todo caso no se dan los presupuestos del artículo 83 ibidem para efectuar dicha práctica en esta instancia, pues no se trata de pruebas que fueron decretadas pero dejadas de practicar en primera instancia sin culpa de la parte interesada, iterando tanto el interrogatorio al demandante como los testigos fueron debidamente practicados por la Juez de primer grado.

Por lo anteriormente expuesto la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Bogotá,

**RESUELVE**

**PRIMERO: RECHAZAR** la solicitud presentada por la apoderada del demandado ISRAEL SANA.

  
**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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada ISRAEL SANA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de septiembre de 2022 (récord 40:04, *Audio archivo 30 expediente digital*), en la que se resolvió:

«**DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre ISRAEL SANA en calidad de empleador y WILFREDO ANAYA en calidad de trabajador por el período comprendido entre el 28 de junio del año 2017 al 30 de enero del año 2018.

**CONDENAR** al empleador ISRAEL SANA a reconocer y pagar al demandante WILFREDO ANAYA la suma de \$971.667 por concepto de cesantías, \$51.981 por concepto de intereses a las cesantías, \$971.667 por concepto de prima de servicios, \$485.833 por concepto de vacaciones, \$40'150.000 por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a raíz o a razón de \$55.000 diarios por el período comprendido entre el 1° de febrero del año 2018 al 30 de enero del año 2020, al pago de \$4'779.000 correspondientes a la diferencia entre la indemnización por pérdida parcial de capacidad laboral que le canceló la ARL Colmena al demandante y la suma de dinero que realmente debió pagar.

**CONDENAR** a ISRAEL SANA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de Wilfredo Anaya.

**CONDENAR** a Wilfredo Anaya al pago de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por haber por no haber prosperado la tacha pago que deberá realizar a favor de Israel Sana, y

**CONDENAR** a Wilfredo Anaya al pago de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de INGENDICON S.A.S.

**ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a la demandada INGENDICON S.A.S.».

Inconforme con la sentencia, la apoderada del señor ISRAEL SANA interpuso recurso de apelación, manifestando que su representado sí pago con dinero en efectivo al demandante las sumas correspondientes a las cesantías, a las primas, a las vacaciones, en general todo lo que tiene que ver con prestaciones sociales, precisando el demandante firmo los paz y salvo de las liquidaciones correspondientes que se encuentran dentro de las pruebas del proceso, expresando no entender porque el actor niega tal hecho, en tanto el señor Israel Sana cancelaba a todos sus trabajadores el contrato por la labor contratada.

Solicita se practique nuevamente el interrogatorio de parte al demandante para que explique porque niega haber aceptado el dinero y los testimonios para que vuelvan

a declarar dentro de la oportunidad procesal. (récord 42:40, *Audio archivo 30 expediente digital*<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 incoadas a páginas 3 a 5 (Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 5 y 6 (ibidem), aspirando se declare que entre las partes -Wilfredo José Anaya, Ingerdicon S.A.S. e Israel Sana- existió un contrato de trabajo que inició el 28 de junio del 2017 y finalizó el 22 de febrero del año 2018, siendo despedido sin justa causa y sin recibir el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, en consecuencia solicita se condene a los demandados al pago de: Salario del 1° al 22 de febrero del 2018, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, reajuste de la indemnización por PCL ya que fue calculada con el salario mínimo, pago del auxilio por enfermedad a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, la indexación de las sumas objeto de condena, aportes a pensión dejados de cancelar, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato únicamente con el señor ISRAEL SANA del 28 de junio del 2017 al 30**

---

<sup>1</sup> Bueno doctora efectivamente el contrato de trabajo se hizo entre el demandante Wilfredo y el demandado Israel Sana realmente la empresa INGERDICON S.A.S. no tiene ninguna responsabilidad laboral más de la que de una u otra manera tiene con el señor Israel sana que es entre contratista y contratado eso quedó muy claro y se lo agradezco a la señora Juez, pero realmente mi representado pago en dinero en efectivo al demandante las sumas correspondientes a las cesantías, a las primas, a las vacaciones, en cuanto todo lo que tenga que ver con prestaciones sociales él las pago si no hubiera sido de esa manera Wilfredo José Anaya Primera en ningún momento habría firmado ni los paz y salvos ni había firmado las liquidaciones correspondientes, las firmas de este señor aparecen dentro de los documentos pertinentes y realmente, sí recibió el señor Wilfredo José Anaya Primera sí sufrió un accidente laboral no es un discapacitado por la gravedad del accidente, nunca se le calificó de esa manera, el señor Wilfredo José Anaya no es un discapacitado el sí recibió el no sufre ningún problema mental cómo se puede dar cuenta uno y por lo tanto no sabemos por qué, niega el hecho de haber recibido las sumas de dinero que para ese momento le correspondían o sea para el momento de la liquidación de la obra y terminación de la misma por lo que el señor Israel Sana Ochoa cancelaba a todos los trabajadores porque es contrato por labor contratada, no sabemos por qué el señor niega haber recibido los dineros correspondientes a las prestaciones sociales y demás sí firmó con su puño y letra el recibo respectivo si no hubiera recibido la plata es inimaginable que un trabajador, acepte que realmente recibió o no recibió el dinero que se le estaba entregando en ese momento, Wilfredo José Anaya efectivamente recibió el dinero en efectivo como lo recibieron todos los demás compañeros de él en la terminación del contrato, respetuosamente solicitamos se tenga en cuenta que se probara lo anterior con el interrogatorio nuevamente al señor Wilfredo José Anaya para que absuelva y explique por qué niega haber aceptado estos dineros y si es de pertinente se solicitará nuevamente a los testigos que participaron de este proceso a favor del demandado Israel Anaya para que vuelvan a rendir testimonio dentro de la oportunidad procesal muchas gracias señora juez.

de enero del 2018, condenándolo al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria y a la diferencia entre la indemnización por pérdida parcial de capacidad laboral que canceló la ARL Colmena y la suma de que realmente debió pagar, igualmente condeno al pago de las costas a favor del demandante y dispuso el pago de 20 smmlv a favor de Israel Sana por no haber prosperado la tachada de documentos, absolviendo de las demás pretensiones.

Lo anterior tras considerar que el demandante tan solo acreditó la prestación personal del servicio con la persona natural demandada y no con INGERDICON S.A.S. con quien podría haberse solicitado la solidaridad del art. 34 del C.S.T., aduciendo tal figura no fue expuesta en el libelo demandatorio, tomando los extremos laborales de la certificación obrante en el expediente y las fechas establecidas en la liquidación de prestaciones sociales, manifestando que si bien obra dicha liquidación con la firma del demandante, no hay prueba del pago de esa suma de dinero por lo que condenó al señor ISRAEL SANA al cancelar tales rubros y por ende al pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses, al haber devengado el actor un salario superior al mínimo, esto es, \$55.000 diarios. Expresó ser procedente la reliquidación de la indemnización que le fue otorgada al actor por la ARL dado que su empleador cotizó con el smmlv y no con el realmente devengado, absolvió del despido sin justa causa en tanto advirtió que el contrato finalizó por una causal objetiva, esto es, la finalización de la obra o labor por la cual fue contratado y respecto del pago de la sanción por estabilidad laboral, por cuanto no se acreditó que el demandante para la fecha de la finalización del vínculo estuviera incapacitado y que fuera esa la razón de la terminación del contrato.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandado ISRAEL SANA, 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 la vinculación laboral del demandante con el señor ISRAEL SANA, como tampoco los extremos de esta y el salario, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche ante esta instancia.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta únicamente a determinar si en efecto la persona natural demandada y condenada en este proceso canceló el valor de las prestaciones sociales al accionante y demás acreencias laborales reclamadas, en tanto ello constituye el único argumento de apelación.

Así las cosas, procede esta Corporación a verificar las pruebas que obran en el expediente con el fin de establecer la procedencia de los anhelos del apelante, señalándose en primer lugar obra en las páginas 34 y 72 (Archivo 1 expediente digital) documento alusivo a la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones del actor, aportado tanto por el demandante con la demanda como por el demandado ISRAEL SANA en su contestación, el cual fue objeto de tacha por el propio demandante pues señaló que nunca lo había firmado, no obstante luego de los resultados del dictamen realizado por Medicina Legal se concluyó que en efecto si correspondía a la del actor (Archivo 25 expediente digital: *“Dictamen documentológico y grafológico Medicina Legal”*), por ende para esta Sala es claro que si bien la firma respalda el recibido del documento; como bien lo adujo la Juez de primer grado no existe material probatorio tendiente acreditar que los valores señalados en esa misiva gocen de una consignación efectiva al señor WILFREDO JOSE ANAYA.

Nótese en el extracto bancario expedido por COLPATRIA del periodo el 1º al 31 de enero del 2018 (pág. 27 Archivo 1 expediente digital), mes el que finalizó el vinculo contractual del actor con Israel Sana, no se evidencia pago algún por dicho concepto.

COLPATRIA

190.255.245.28

ESTIMADO CLIENTE  
WILFREDO JOSE ANAYA PRIMERA  
calle 50 n 11c 41  
BOGOTA D.E.

00101258400  
Pag 2  
PERIODO  
1 AL 31 ENE 2018

OFICINA BOGOTA CENTRO COMERCIAL TUNAL  
CODIGO DE OFICINA 075  
CUENTA DE AHORROS  
No 004702007656

RESUMEN CUENTA AHORROS

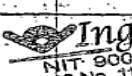
| SALDO ANTERIOR | DEPOSITOS Y OTROS CREDITOS | RETIROS Y OTROS DEBITOS | NUEVO SALDO |
|----------------|----------------------------|-------------------------|-------------|
| 850,41         | 1.674.101,17               | 1.673.300,00            | 1.651,58    |

DETALLE DE CUENTA

| FECHA      | OFICINA      | No DOCUM | DESCRIPCION                     | MONTO       | SALDO      |
|------------|--------------|----------|---------------------------------|-------------|------------|
| 12/01/2018 | BOGOTA CENTR |          | DEPOSITO DE CHEQUE              | 135.600,00  | 136.450,41 |
| 15/01/2018 | CENTRAL DE C |          | DEPOSITO DE CHEQUE              | 280.000,00  | 906.450,41 |
| 15/01/2018 |              |          | NUMERO DE LOTE:121201201801615  |             |            |
| 15/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -600.000,00 | 306.450,41 |
| 15/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -100.000,00 | 206.450,41 |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -250.000,00 | 186.450,41 |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -8.000,00   | 6.450,41   |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO PCS CTA CTE/AHORROS      | 8.450,00    | 1.450,41   |
| 17/01/2018 |              |          | Pago de Intereses               | 50,41       | 1.500,41   |
| 17/01/2018 |              |          | NUMERO DE LOTE:1229012018022248 |             |            |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -600.000,00 | 1,17       |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -160.000,00 |            |
| 17/01/2018 |              |          | DEBITO DE CTA CTE/AHORROS       | -8.300,00   |            |
| 17/01/2018 | BOGOTA CENTR |          |                                 | 1,17        |            |

Ahora y en lo que tiene que ver con el PAZ Y SALVO que fue firmado por el accionante, del cual se hace mención en la apelación, advierte esta Sala de Decisión si bien esta suscrito por el actor el 30 de enero del 2018 (fecha final de su contrato de trabajo), lo cierto es que allí esta declarando a paz y salvo *“por todo*

concepto laboral como salario, liquidación de prestaciones sociales y/o cualquier otra acreencia laboral” a la empresa INGERDICON S.A.S. y no al señor ISRAEL SANA respecto de quien se acreditó en este juicio fue su verdadero empleador, por ende esta documental no puede ser tenida en cuenta para su defensa (pág. 35 Archivo 1 expediente digital)

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  <b>Ingerdicon</b><br>Ingenieros constructores & contratistas de obras civiles S.A.S                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                |
| <b>PAZ Y SALVO</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                |
| Yo <u>Wilfredo José Anaya</u> identificado con la Cédula de ciudadanía No. <u>92408400</u> de <u>San Andrés</u> certifico que la empresa <b>INGERDICON S.A.S.</b> , identificada con NIT. 900.126.522-1, se encuentra a paz y salvo por todo concepto laboral como salario, liquidación de prestaciones sociales y/o cualquier otra acreencia laboral por lo laborado con la empresa, por los trabajos realizados en la obra <u>concreta</u> , en la ciudad de <u>BOGOTÁ D.C.</u> |                                                                                                                                                |
| Observaciones:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                |
| Firman dos partes,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | <br>NIT. 900.126.522<br>TV 60 No 115-58 T.A.C<br>TEL. 5.33.74 |
| <u>Wilfredo</u><br>C.C. 92408400<br>TRABAJADOR                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <b>INGERDICON S.A.S</b><br>NIT. 900.126.522-1                                                                                                  |
| El presente paz y salvo se expide el <u>30</u> de <u>enero</u> de 20 <u>18</u>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                |
| 08 de febrero de 2016 V.3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                |

Por otro lado, con la testimonial que se decretó dentro de este proceso, señores ALAIN SANCHEZ ALFARO, JOSE MANUEL GOMEZ GARCIA y JEVINSON GONZALEZ, tampoco encuentra esta Corporación prueba alguna del pago de las acreencias al actor, pues los citados deponentes nada refirieron al respecto, incluso fueron contestes en expresar que desconocían cual era el valor del salario del accionante (*Audiencia del 29 de junio del 2019 Archivo “Folio139”*).

En cuanto a los interrogatorios de parte absueltos tanto por el accionado ISRAEL SANA y WILFREDO ANAYA (*Audiencia del 29 de junio del 2019 Archivo “Folio139”, réconds: 4:36 y 38:10*), si bien existe una confesión por parte de los mismos en cuanto a que el accionante recibió de manos de su empleador Israel Sana la suma de \$550.000 en el mes de febrero del 2018, no puede entenderse que la misma correspondió al pago de la liquidación de prestaciones sociales, en tanto el referido demandado adujo que fue una ayuda que el dio al actor para su familia dado que se encontraba desempleado, es decir, tuvo otra finalidad y no la de satisfacer el pago de las acreencias laborales del accionante.

En ese orden, como de las probanzas aportadas al paginario, no se evidencia el pago que se aduce por ISRAEL SANA en la apelación sí fue efectuado al



demandante, no pueden resultar avante sus anhelos.

No sobra reiterar, que la actividad probatoria del señor ISRAEL SANA en este aspecto fue precaria, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte accionada -Israel Sana-, la cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "*EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, procediendo a la confirmación de la sentencia recurrida, pero por las razones expresadas en este proveído.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

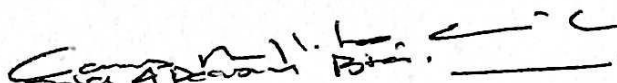
## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAZZ COLMENARES CORTES CONTRA SEGURIDAD CANINA DE COLOMBIA SECANCOL LTDA (RAD. 31 2021 00499 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 06 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: «027. Audiencia proceso ordinario laboral 11001310503120210049900-20220906\_123423-Grabación de la reunión», récord: 28:21, acta 028), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por un período de 6 meses entre **JAZZ COLMENARES** en calidad de trabajador y **SECANCOL LTDA** en calidad de empleador por el período comprendido entre el 29 de noviembre del año 2020 al 28 de mayo del año 2021.

**SEGUNDO: ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante **JAZZ COLMENARES CORTES** a la demandada **SECANCOL LTDA**.

**TERCERA: CONDENAR** a la demandante **JAZZ COLMENARES CORTÉS** al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de \$50.000.

**CUARTO:** Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante, se concede el grado jurisdiccional 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 demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante JAZZ COLMENARES CORTES en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y subsanación (página 5), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a páginas 8 a 9 ibidem,** encaminadas de manera **principal** a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo desde el 29 de noviembre de 2020 al 28 de mayo de 2021 el cual terminó por causa imputable al empleador, consecuente con esto, solicita el pago de 60 días de salario por concepto de indemnización por despido ilegal, siete meses restantes a la finalización del contrato junto con los incrementos causados hasta que se haga efectivo el reintegro, indemnización moratoria, indexación, costas y facultades extra y ultra petita. De manera **subsidiaria** solicitó se declare la nulidad del despido por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 del C.S.T., que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y como consecuencia, se condene el reintegro al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido, o a uno de igual o superior categoría y en las mismas condiciones de trabajo y remuneración condenándose a pagar los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios que tenga que asumir, los intereses a las cesantías, los aportes a la seguridad social desde el despido hasta que se produzca el reintegro. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora, condenando en costas a esta última. Para arribar a tal conclusión la juez de primer grado discurrió, no existía discusión alguna frente a la existencia del contrato de trabajo a término fijo que ató a las partes y sus extremos temporales, así como que culminó por expiración al plazo fijo pactado, en aplicación al literal c) del artículo 61 del C.S.T., habiéndose comunicado con antelación el

correspondiente preaviso en los términos del artículo 46 C.S.T. Sin embargo, la parte actora no pudo demostrar que el contrato finalizó por estar en estado de embarazo, toda vez que no avisó al empleador, ni se logró probar que fue un hecho notorio su estado de gravidez.

Así las cosas, a lo primero que se debe hacer referencia, es que 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.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 29 de noviembre de 2020 y terminó el 28 de mayo de 2021, aspecto que se constata con el contrato de trabajo aportado por la demandada, los desprendibles de pago y la liquidación de prestaciones sociales de páginas 2 a 16 y 10 a 17, (*archivos 023. Respuesta Requerimiento SECANCOL LTDA y 013 Contestación Demanda*).

Valga aclarar que la demandante indicó en el interrogatorio de parte que el contrato finalizó el 08 de junio de 2021, empero, este extremo no fue acreditado dentro del plenario pues todas las pruebas documentales dan cuenta de la finalización el día 28 de mayo de 2021, misma fecha que acogió la A quo.

Ahora bien, persigue la actora, principalmente, se disponga el reintegro a su puesto de trabajo o a uno de igual o superior categoría, aduciendo para el efecto que la demandada desconoció que al momento de su desvinculación se encontraba amparada por el fuero de maternidad.

Frente a la invocada estabilidad laboral por fuero de maternidad, valga memorar, el artículo 239 del C.S.T., modificado por el artículo 2º de la Ley 1822 de 2017 – vigente para la época en que se produjo el despido-, preceptúa:

**«ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.**

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa<sup>1</sup>.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término».

De igual modo, los artículos 240 y 241 ibidem, disponen lo siguiente:

**«ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.**

1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Declararada la exequibilidad condicionada mediante Sentencia Corte Constitucional C-005 de 2017 en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).
2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

**ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.** Modificado por el art. 8o. del Decreto 13 de 1967. **El nuevo texto es el siguiente:**

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

---

<sup>1</sup> Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-005-17, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)'.

*2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados».*

Al tenor de tales preceptos legales, carecerá de todo efecto jurídico el despido de una trabajadora que se encuentre en estado de gravidez, esté disfrutando de licencia por maternidad o parto y el descanso remunerado por lactancia, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

La línea de pensamiento que sobre la materia ha dejado vertida la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, distingue dos periodos de protección: el primero comprendido por el tiempo de gestación y los tres meses posteriores al parto<sup>2</sup>, durante el cual no es posible despedirla sin autorización previa del Ministerio del Trabajo; y el segundo, el amparo a la lactante que corresponde al segundo trimestre posterior al alumbramiento.

En ese sentido, para el órgano de cierre de esta jurisdicción, cuando el despido ocurre en el interregno al que se refiere el primer evento, se presumirá que dicha determinación tuvo como fundamento el estado de embarazo de la trabajadora, correspondiendo por tanto al empleador desvirtuar la misma y acreditar que las razones que motivan el finiquito unilateral del vínculo se enmarcan dentro de las causas previstas en los artículos 62 y 63 del C.S.T.

Por el contrario, cuando el despido tiene lugar en el segundo trimestre siguiente al nacimiento del menor, esto es, durante el descanso para lactancia, la carga probatoria se traslada a la trabajadora quien deberá demostrar que el móvil del despido fue precisamente esa situación. Para la Corte *«una interpretación diferente del artículo 241 del CST, conllevaría a ampliar la sanción de ineficacia del despido en los términos que prevé el precepto 239 ibidem, y que solo se extiende hasta los tres meses posteriores al parto, como expresamente lo prevé dicho precepto»*<sup>3</sup>.

En el caso que nos ocupa, se solicita el fuero de protección por estar la trabajadora en estado de embarazo, aspecto sobre el cual ha puntualizado la

---

<sup>2</sup> Actualmente debe tenerse en cuenta el tiempo de duración de la licencia de maternidad que es de 18 semanas.

<sup>3</sup> SL3733 de 2018.

jurisprudencia laboral, que es una exigencia legal el conocimiento del empleador del estado de gravidez, a efectos de que opere la protección contemplada en el artículo 239 del C.S.T. Así se reiteró en las sentencias CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, CSJ SL7270-2015 y CSJ SL351-2021. En esta última la Alta Corporación recordó:

*«[...]mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que su decisión obedeció a ello.*

*Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:*

*[...] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral» .*

*[...]*

*Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-,se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los periodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad [...].*

*En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.*

*En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adoctrino:*

*(...) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque **la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez.** Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.*

*Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección*

estatuída en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.

En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido.

Entonces tampoco resultaba viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al embarazo de la accionante, en tanto, en el sub lite no concurrió el requisito del conocimiento de la gestación previo al despido y, en consecuencia, el juez de alzada tampoco incurrió en el yerro jurídico que se le enrostra. (subrayado fuera del texto original).

En este orden, siguiendo las anteriores enseñanzas jurisprudenciales, no resulta viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al estado de gestación de la accionante, por cuanto se itera, el mismo no era de conocimiento del empleador, lo que descarta de tajo que esa decisión de la empresa tuviera como móvil el que la actora estuviese embarazada». (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, **respecto al hecho notorio del embarazo**, conviene recordar el criterio esbozado por la H. Corte Constitucional, verbigracia en sentencias CC SU-070 de 2013 y CC SU-075 de 2018, donde ha determinado unas sub reglas encaminadas a establecer los momentos y/o acontecimientos en los que se configura el hecho notorio debido al embarazo acaecido dentro del vínculo contractual, precisando en las citadas providencias:

«Cuando se trata de un hecho notorio: La configuración del embarazo, como un hecho notorio, ha sido entendida por la Corte Constitucional, por ejemplo, en los siguientes casos:

**Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido:** La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo, sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. Así, por ejemplo, en sentencia T-354 de 2007, la Corte estableció que pese a la duda sobre la notificación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, se consideraba que los superiores jerárquicos debían saber del embarazo de la accionante “como quiera que ésta, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, contaba aproximadamente con 28 semanas de gestación, circunstancia que difícilmente puede pasar inadvertida por los compañeros de trabajo y por sus superiores jerárquicos”. **En este sentido, la Corte ha entendido que 5 meses de embarazo** “es un momento óptimo para que se consolide el hecho notorio de [la] condición de gravidez”. Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, **por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras.**

**Cuando se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo:** La Corte Constitucional ha entendido que, cuando la trabajadora, si bien no ha notificado expresamente su embarazo, ha solicitado permisos o incapacidades por tal razón, es lógico concluir que el empleador sabía de su estado.

**Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo:** La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el



embarazo es un hecho notorio en si mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el empleador.

[...]

28. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el conocimiento del empleador del embarazo de la trabajadora, no reviste de mayores formalidades, ya que puede darse por medio de la notificación directa y escrita, por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero.

Así, este Tribunal ha determinado que existen circunstancias en las cuales se entiende que el empleador conocía del estado de gravidez de una trabajadora. Por ejemplo, ha estimado que el embarazo configura un hecho notorio cuando: **(i) son evidentes los cambios físicos de la mujer que le permiten al empleador inferir su estado (a partir del quinto mes de gestación); (ii) se solicitan permisos o incapacidades laborales con ocasión del embarazo; (iii) el embarazo es de conocimiento público entre los compañeros de trabajo; entre otros.**

29. Igualmente, esta Corporación ha concluido que el empleador tenía conocimiento del embarazo cuando las circunstancias que rodearon el despido y las conductas asumidas por el empleador permiten deducirlo. Por tanto, no resulta necesaria la notificación escrita o expresa acerca de la condición de gestante de la trabajadora, sino que basta que el empleador conozca de dicho estado por cualquier medio.

[..]». (Negritas y resaltado de la Sala).

En el caso de autos, de entrada, se entrevé que la actora no comunicó formalmente de su estado de embarazo a la empleadora, hoy demandada, pues así lo confesó en su interrogatorio de parte al manifestar<sup>4</sup>: «le comente algo al

---

<sup>4</sup> **Interrogatorio Demandante, (Récord 06:55):** “La relación laboral terminó el día 08 de junio de 2020, si no estoy mal, yo me enteré que estaba en embarazo el día 29 de mayo confirmé por Laboratorio, yo venía con sospechas y unos días antes le había hecho el comentario al Supervisor de área, yo le avisé a SECANCOL el día lunes siguiente al 29 de mayo, lo informé a través de las oficinas, sin embargo, SECANCOL no me quiso recibir la pruebas de embarazo, estaba Rodrigo Lara y el encargado de Operaciones y me dijeron que las empresa no la recibían porque no estaba validada por la EPS, como me estaban debiendo los días de descanso me dijeron que la transcribiera y les dije que estaba en descanso, ellos dijeron no me preocupara y pidiera la prueba con la EPS y la radicara para que ellos me reintegraran, ellos debían días de descanso y no fueron liquidados y los días de descanso donde me doble de turno porque no llegaban mis compañeros, esos costos no fueron pagos, cuando regresé el día 8 en físico pasado por Como4ensar me dijeron que no me reintegrarían en sus labores; el 8 me informan que no regreso a mis labores, me dijeron que hacían válida la carta que me habían hecho firmar 3 meses antes, la carta me la pasaron 2 meses antes, en la carta decía que hacían una prueba del contrato a 6 meses, al momento de la entrevista el psicólogo dijo que se dé la carta antes y se finaliza el contrato pero si se obtienen buenos resultados la carta se omite, esa cata la pasaron en marzo, es la carta de fecha 24 de marzo de 2021 que está en el expediente, yo llevaba 15 días sin descansar y me hicieron transcribir la incapacidad y la prueba y luego, no la recibieron, no sé si es la liquidación, no me la enviaron nunca, no tengo físico de eso, la fecha que me indica mi jefe de operaciones fue el día 8 de junio estando el señor Lara presente, eso fue el día 29 un día sábado si no estoy mal, el día 28 fue el último turno al día siguiente fue el de descanso, yo tuve que direccionarme tiempo después a las oficinas por mi reclamación porque al momento de mi liquidación yo no encontraba esos cobros, yo envié varios correos reclamando esos cobros y la señorita me dijo que ya había liquidado y no podía hacer nada, les dije que mirara la minuta con la novedades y o me dejaban tomarme el break ni los 15 minutos, yo les escribí y me dijeron que ya no podían hacer nada a la liquidación que ya me tocaba dejar así, la suma de la liquidación la pagaron un mes después de entregar la prueba de mi embarazo, eso fie inicio del mes de julio, lo pagaron en Bancolombia, a mí me deben 4 días de descanso, lo que pasa es que no se tiene en cuenta si yo descanso un día a la semana, los turnos no se validaron ni los que fueron de 12 horas, yo era guarda relevante y durante los últimos 15 días mi supervisor me dijo que no entraría en descanso y que como me debían otros 15 ellos me pagarían con tiempo esos descansos, tengo una niña pero fue un embarazo de alto riesgo, estuve descalificada porque la EPS me dejó de atender al momento de hacer los pagos, los suplementos y demás tuvo que ser cubierto de mi parte, SECANCOL al contratar, me preguntó si tenía alguien que me

*Supervisor cuando sospechaba, esto fue antes del 29 de mayo, pero hasta el 8 de junio llevé la prueba de la EPS Compensar porque Rodrigo Lara y el encargado de Operaciones me dijeron que la empresa no la recibía porque no estaba validada por la EPS».* De tal modo, resulta necesario verificar en el acervo probatorio aportado, si el empleador tuvo conocimiento del embarazo de la trabajadora por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero, en los términos reseñados previamente.

En ese sentido, en el asunto se recibió únicamente el interrogatorio de la demandante, ésta refirió haber trabajado con la demandada desde el 29 de noviembre de 2020 a través de un contrato fijo inferior a un año (6 meses), así como le fue entregado un preaviso dos meses antes a la terminación; manifestó respecto a la forma de enterar a la demandada sobre su embarazo, que el día 29 de mayo de 2021 confirmó con un examen de Laboratorio su estado, sin embargo, unos días antes le había hecho el comentario al Supervisor de Área sobre su sospecha de embarazo así como dio aviso a la empresa SECANCOL el día lunes siguiente al 29 de mayo (31 de mayo de 2021) en las oficinas. Ante tal situación, argumentó, SECANCOL no le quiso recibir la prueba de embarazo, fue insistente en narrar que estaba con los trabajadores Rodrigo Lara y el encargado de Operaciones, quienes le dijeron que la empresa no le recibía esa prueba porque no estaba validada por la EPS teniendo que ir a transcribirla (...), luego, cuando regresó el día 8 de junio le informaron que no la reintegrarían en sus labores siendo válida la carta de fecha 24 de marzo de 2021, notificada 2 meses antes. Reiteró la actora que prestó los servicios hasta el 28 de mayo de 2021 porque los días siguientes estaba descansando debido a los descansos acumulados que tenía.

Sumado al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, como pruebas documentales se aportaron unos pantallazos descargados de la aplicación WhatsApp, donde se evidencian unas conversaciones sostenidas, al parecer, entre la demandante y el “Supervisor Sánchez”, encontrando relevante el que reposa en la *página 6 del archivo 005.Pruebas.pdf*, del cual se desprende que

---

*apoyará, yo soy mamá de una niña de 12 años y en ese momento les informé esa situación, la bebé nació el 2 de febrero de 2022 teniendo 37 semanas, faltándole 3 semanas para cumplir las 40 semanas”.*

la actora le confirmó que estaba embarazada en fecha 31 de mayo de 2023, esto es, cuando el vínculo laboral había fenecido el 28 del mismo mes y año.

Sobre los mensajes o este tipo de conversaciones, el artículo 246 del C.G.P. regula el valor probatorio de las copias, disponiendo:

*“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”.*

*“Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.*

*La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.”.*

De tal forma, la Sala valorando este documento de manera conjunta, no encuentra mayor información o certeza frente a la ocurrencia de los hechos que alega la demandante en el libelo.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, siguiendo los casos reseñados por la Corte Constitucional, puede llegarse a concluir que dentro del presente asunto no se da cabal cumplimiento a ninguno de los supuestos de procedencia.

Lo anterior, por cuanto de los anteriores medios probatorios, analizados con base en la regla de la libre formación del convencimiento, establecida en el artículo 61 del CPTSS, estima esta Corporación, de las pruebas recaudadas no es posible concluir que el empleador tuviera conocimiento del estado de embarazo de la demandante, ya que no se logró configurar alguno de los supuestos jurisprudenciales en los cuales el empleador tiene conocimiento del embarazo de la trabajadora, como pasa a verse:

En primer lugar, según los hechos de la demanda la actora el 29 de mayo de 2021 recibió resultados de los exámenes que se había realizado, por medio de

los cuales confirmó su estado de embarazo, luego, acudió a las Oficinas de la demandada, el lunes siguiente al 29 de mayo de 2021, esto es, el 31 de mayo de 2021, solicitando le fueran otorgados los descansos porque se encontraba enferma. Sin embargo, contradictoriamente en el interrogatorio de parte precisó que hasta el 8 de junio de 2021 le entregó la prueba transcrita en la EPS COMPENSAR a 2 representantes de la empresa y no se la recibieron.

De igual modo, como ya se indicó en precedencia, la actora no reportó su estado de embarazo, y según su propio dicho, lo único que realizó fue mostrarle el resultado de laboratorio a su jefe inmediato, señor Sánchez, vía WhatsApp el 31 de mayo de 2021, quien no fue llamado para exponer sobre los hechos que le consten.

Ahora, para la fecha en que presuntamente le informó a su empleador del estado de embarazo, la actora apenas se encontraba en el primer semestre de gestación; y para la fecha en que se le envió la notificación de terminación del contrato laboral (08 de abril de 2021, pág. 17 «013ContestaciónDemandada.pdf»), la accionante aun no tenía conocimiento de su embarazo, bajo el entendido que el preaviso se notificó el 8 de abril de 2021 y la trabajadora se enteró del estado de gravidez el 29 de mayo de 2021, esto es, cuando ya había transcurrido 42 días, lapso en el que bien pudo haber concebido, lo cual evidencia que para el accionado no era un hecho notorio que la señora Jazz Colmenares se encontrara embarazada, ya que no contaba con los **5 meses que señala la jurisprudencia como término razonable para que se configure dicha presunción**. Más aun, cuando la misma demandante admitió en su interrogatorio que se enteró de su estado de embarazo hasta el 29 de mayo de 2021, fecha en la que ya había fenecido el vínculo.

Sumado a lo anterior, en el expediente no reposan pruebas de que la actora hubiese solicitado permisos o licencias para acudir al médico como lo aduce en la demanda. Es más, la parte actora no desplegó mayor actividad probatoria para acreditar que el Supervisor tenía conocimiento sobre su estado de salud, así como los 2 representantes de la empresa que, según ella, le informaron que debía transcribir la prueba.

Igualmente, no es de recibo que la actora alegue la inobservancia de la A quo al no dejar practicar el testigo solicitado, ya que, fue este extremo quien relacionó de manera incorrecta los datos del testigo Ocampo, no pudiéndose verificar por la juzgadora de primera instancia si se trataba de la misma persona al momento de rendir testimonio, siendo claro que se incumplió con el contenido del artículo 212 del C.G.P.<sup>5</sup>

En ese orden de ideas, tal como lo concluyó la juez a quo, conforme a las pruebas aportadas al plenario y valoradas a la luz de la sana crítica, no se puede derivar una conducta o circunstancia en particular adelantada por el empleador que permitiera inferir que conocía del embarazo de la señora Jazz Colmenares Cortes, más aún, cuando la misma actora en principio desconocía tal estado e incluso, admite que solo hasta el 29 de mayo de 2021 se realizó la prueba por laboratorio.

En todo caso, como la actora misma admitió que no comunicó de su estado de embarazo, o no existe prueba de esta situación, debía demostrar con otros medios de prueba que el empleador tuvo conocimiento del mismo, carga que se encuentra en cabeza de la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., por lo que en dichas condiciones no podía generarse el fuero de protección solicitado, pues debe insistirse, sólo un conocimiento del empleador del estado de embarazo, puede fundar válidamente una aserción tendiente a que el empleador despidió a la trabajadora por dicha razón, lo que impone despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, conforme se concluyó en primera instancia.

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

**SIN COSTAS** en esta instancia.

---

<sup>5</sup> “Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso.”.

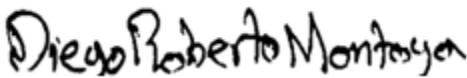
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

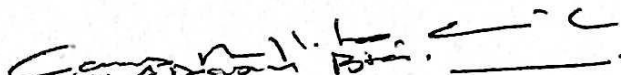
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con 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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

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

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BETTY ABRIL  
RIAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- (RAD. 32 2021 00547 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º 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 al recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de enero de 2023 (Audiencia virtual concentrada de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital archivo 11, récord 36:25), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante BETTY ABRIL RIAÑO la suma de \$16.511.067.00 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandada y a favor de la demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv.

**CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, exteriorizando<sup>1</sup> que, si bien es cierto la demandante acredita una pérdida de capacidad laboral superior al 50% de conformidad con lo indicado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y ésta asciende al 80%, el origen de la enfermedad es profesional por lo que la entidad carece de legitimación en la causa para emitir reconocimiento de la pensión de invalidez e indemnización sustitutiva por invalidez, máxime cuando se encuentra debidamente acreditado que dada la pérdida de capacidad laboral de origen laboral se le reconoció una pensión de invalidez por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la demandante.

En igual sentido solicitó se reconsidere la condena impuesta por concepto de costas, teniendo en cuenta que la actuación desplegada fue de buena fe y en cumplimiento de la ley, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso en su numeral 8º las costas a las cual fue condenada la entidad no se encuentran causadas ni debidamente acreditadas, citando para el efecto el pronunciamiento del Consejo de Estado

---

<sup>1</sup> **APODERADA COLPENSIONES (37:34):** “*gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral, con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por este juzgador de instancia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: Le solicitó al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que si bien es cierto la demandante acredita una pérdida de capacidad laboral superior al 50% de conformidad con lo indicado en el artículo 38 de la Ley 100 del 93, pues su pérdida de capacidad asciende al 80% de conformidad con el dictamen que reposa en el expediente, es necesario precisar que según esté dictamen la pérdida de capacidad laboral de la demandante es de origen profesional por lo que en estos casos mi representada carece de legitimación en la causa para emitir reconocimiento de la pensión de invalidez e indemnización sustitutiva por invalidez, máxime cuando se encuentra debidamente acreditado que dada la pérdida de capacidad laboral de origen laboral se le reconoció una pensión de invalidez por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la demandante.*

*En igual sentido le solicitó al Honorable Tribunal se reconsidere la anterior condena en costas a la cual fue condenada mi defendida, teniendo en cuenta que la actuación por parte de Colpensiones a lo largo de este proceso judicial fue siempre actuando de buena fe y en cumplimiento de la ley, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso numeral octavo las costas a las cual fue condenada mi defendida no se encuentran causadas ni debidamente acreditadas, como sustentó la anterior se tiene entonces que el Consejo de Estado Sala Plena en expediente 150013333007 2017 0003601 Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate indicó lo siguiente “por esta misma razón la condena en costas opera de manera objetiva contra la parte vencida en juicio, pero no en forma automática en tanto el juzgador debe valorar que esté configurada cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador”, de lo anterior se colige que una decisión desfavorable no implica una condena automática frente a la parte vencida ya que las costas solo pueden decretarse cuando existan pruebas de que se causaron y siempre que estas pruebas obren en el expediente.*

*Aunado a ello, Honorables Magistrados les solicitó se tenga en cuenta que Colpensiones administra bienes de todos sus afiliados y el reconocimiento de esta condena quebrantaría el principio de sostenibilidad financiera del que habla el artículo 48 de la Constitución Política, por lo anteriormente expuesto le ruego al Honorable Tribunal se revoque la sentencia proferida y en consecuencia de ello se absuelva a mi defendida de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias”.*



Sala Plena, expediente No. 150013333007 2017 0003601, Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate, que enseñó: “ (...) *por esta misma razón la condena en costas opera de manera objetiva contra la parte vencida en juicio, pero no en forma automática en tanto el juzgador debe valorar que esté configurada cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador*”.

Aunado a ello agregó, Colpensiones administra bienes de todos sus afiliados y el reconocimiento de esta condena quebrantaría el principio de sostenibilidad financiera del que habla el artículo 48 de la Constitución Política.

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 BETTY ABRIL RIAÑO, las pretensiones relacionadas en la página 3 del expediente digital<sup>2</sup>, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 2 y 3, solicitando se ordene a COLPENSIONES reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, conforme a lo contemplado en el artículo 37 y 45 de la Ley 100 de 1993 y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor de la demandante la suma de \$16.511.067, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, tras considerar que la actora cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37, 39 y 45 de la Ley 100 de 1993 y no se genera incompatibilidad alguna con la pensión de invalidez que devenga por parte del Magisterio.**

Así las cosas, se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionada que ostenta la demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 1143 del 25 de febrero de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (*Páginas 37 a 39 del expediente digital, archivo 01Demanda.pdf*) de donde se extrae que se le otorgó una Pensión por

---

<sup>2</sup> Archivo 01.Demanda.pdf.

Invalidez a partir del 05 de agosto de 2015 en cuantía de \$712.117.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si la demandante puede ser acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionada por Invalidez por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Conforme a lo anterior, advierte esta Sala no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en los actos administrativos SUB 85608 del 07 de abril de 2021 y DPE 7148 del 08 de septiembre de 2021(*páginas 26 a 36 del archivo denominado 01Demanda.pdf*). que negaron la prestación económica al establecer su incompatibilidad por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado el reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones visibles a páginas 15 a 18<sup>3</sup>, **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de Invalidez y conforme a la resolución de reconocimiento de la pensión por Invalidez ésta se otorgó debido a que la IPS MEDICOL SALUD dictaminó que la actora ostentaba el 80% de pérdida de capacidad laboral -PCL- con fecha de estructuración del 13 de mayo de 2015. Adicionalmente, contaba con más de 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración. (*Páginas 37 a 39 y 42 a 44 del expediente digital, archivo 01Demanda.pdf*).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6º del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de invalidez que actualmente percibe la demandante

---

<sup>3</sup> Expediente digital Archivo No. 1 “Demanda.pdf”.

se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la Resolución 1143 del 25 de febrero de 2016 (*páginas 37 a 39 ibidem*), asimismo, del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES en el archivo denominado (04ContestacionColpensiones.pdf), se extrae que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva por invalidez provienen de empleadores privados, siendo estos, Pastelería VIGO LTDA, ALBA NELLY OBANCO RE, CAMISERIA INGLESA LT, INST COL DE AHORRO, RED MULTICOLOR y ASOCIACIÓN RED MULTICOLOR, por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Invalidez del Magisterio, tratándose de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que hoy disfruta, como se acreditó a páginas 40 y 41<sup>4</sup> no generándose la incompatibilidad alegada por COLPENSIONES, según se constata en los actos administrativos SUB 85608 del 07 de abril de 2021 y DPE 7148 del 08 de septiembre de 2021(*páginas 26 a 36 del archivo denominado 01Demanda.pdf*).

Si bien, la demandante efectuó las cotizaciones para el extinto Instituto de Seguros Sociales-ISS-, para los periodos 19 de marzo de 1985 al 31 de julio de 1998 y con posterioridad se vinculó a establecimientos de carácter oficial e instituciones particulares, cabe anotar en gracia de la discusión, a la demandante en el ejercicio de su profesión como docente, no le estaba impedido prestar sus servicios de forma simultánea, por ende, no estaba excluida de afiliarse al Sistema General de Pensiones estatuido por la Ley 100 de 1993 en cualquiera de sus dos regímenes y así lo ha precisado de forma reiterativa la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en pronunciamiento reciente, SL- 4133-2021, explicó:

*“...la censura sostiene que erró el Tribunal al interpretar el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, según su decir, los docentes oficiales están excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y los regímenes pensionales en ella establecidos, la Sala encuentra pertinente reproducir el contenido de tal disposición, la que al efecto precisa:*

*[...]*

---

<sup>4</sup> Formato único para expedición de certificado de historia laboral.

*El argumento planteado por la parte recurrente, carece de asidero, pues el correcto entendimiento de la referida norma, corresponde al que le dio el sentenciador de alzada, que coincide con el actual criterio de la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública a fin de obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para poder adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.*

*Así, además de las sentencias citadas por el Tribunal, conviene recordar lo dicho en las decisiones CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, recientemente reiterada en la CSJ SL3775-2021, en la cual se expresó:*

*“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional...*

*...en la sentencia CSJ SL3775-2021 se precisó que la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, no resultaba incompatible con su afiliación al ISS en virtud de una vinculación a instituciones particulares y, con ello, se cumplía la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social previsto por la Ley 100 de 1993. Así se explicó:*

*Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.”.*

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política<sup>5</sup>, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2<sup>o</sup><sup>6</sup> y en esa medida tales recursos son de origen

---

<sup>5</sup> “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

<sup>6</sup> “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente No. 37959<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En un principio, tanto antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 como de la Carta de 1991, como con posterioridad, se consideró que los dineros administrados por el ISS para la adjudicación de pensiones ostentaban naturaleza pública, dada la calidad del Instituto, por lo cual, se generaron conflictos al solicitarse pensiones de vejez por quienes eran titulares de pensiones jubilatorias –legales o convencionales- canceladas por entidades estatales, o suspenderseles dichas prestaciones al acceder a la pensión dispensada por el ISS.

Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:

*“Respecto del segundo cargo en donde se acudió al submotivo de violación de la infracción directa, tampoco puede tener prosperidad el ataque, habida cuenta que esta Sala de la Corte en procesos con características correlativas y en los que se ha planteado una acusación similar, estudió y definió el tema, adoctrinando que las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es posible colegir que se sufragan con dineros del tesoro, y en estas condiciones para los eventos donde el empleador sea una entidad oficial, no se configura la prohibición constitucional y legal prevista en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4ª de 1992, es así que en sentencia del 14 de febrero de 2005 radicado 24062, se dijo:*

*‘(...) Ciertamente, se pagan con recursos del Tesoro, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta donde predomine el capital estatal, en el entendido de que el inciso segundo del artículo 128 de la Constitución Política establece que <Entiéndase por tesoro público el de la nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas>, y por ello cualquier pensión extralegal que exista en esta clase de entidades, como es el caso de aquellas que tengan como fuente una convención colectiva de trabajo, son del orden oficial’.*

*‘Se tiene entonces, que una pensión extralegal otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del Tesoro, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante’.*

*‘Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:*

*‘El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política’.*

*‘En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador’.*

*‘En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública’.*

*‘Así, entonces, el pago simultáneo a un beneficiario de una pensión convencional por un ente oficial y la de vejez del ISS cuando la ley así lo permite no configura la prohibición consagrada tanto en el artículo 128 de la Constitución Política, como en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992’.*

*'En sentencia del 22 de marzo de 2002 con radicado 17347, dictada en un proceso contra el Banco Cafetero, sobre el tema se puntualizó:*

*'De todos modos, de darse por superada esa equivocación, el cargo no saldría avante, para lo cual basta transcribir la sentencia de 27 de octubre de 1995, radicada con el No. 7792, que reprodujo en parte la de 27 de enero del mismo año (radicación 7109), reiterada posteriormente por la de 31 de marzo de 1998 (radicación 10047), pues el tema de fondo se centra en la supuesta imposibilidad de que las pensiones en discusión, esto es, la convencional reconocida por el Banco y la de vejez otorgada por el I.S.S. sean concomitantes, al estimarse que ambas provienen y son sufragadas por el tesoro público, lo cual a juicio del recurrente viola no solo de las normas legales que se mencionan, sino además, el artículo 64 de la Constitución Nacional que prohíbe expresamente la convergencia de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público'.*

*'Esto dijo la Corte en las sentencias aludidas:*

*"El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público, hoy Empresa Industrial y Comercial del estado, artículo 1º D.L. 2148 de 1992). El ISS fue creado por la Ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada Ley se adoptó un sistema de financiación tripartita trabajadores, empleadores y Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un '...aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación...' (literal e ibídem).*

*"Posteriormente se dictó el decreto Ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores, en los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento".*

*"La cotización para el seguro de accidente de trabajo y de enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador".*

*"Puede verse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social (hasta antes de la Ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política)".*

*"También el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido; en efecto, en decisión del 24 de marzo de 1983 anotó: '...lo anterior exonera a la sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de seguros Sociales, que aunque últimamente configurado como establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció".*

*"Y en sentencias del 27 de febrero y 6 junio de 2003, con radicación 19508 y 20271, ésta última rememorada por la réplica, y que fueron reiteradas en decisión del 23 de septiembre de 2004 radicado 23430, se precisó:*

*"A pesar de que los cargos primero y segundo se formulan por vías distintas, la Corte procede a su estudio de manera conjunta en atención a que ambos buscan demostrar la incompatibilidad para recibir más de una asignación del tesoro público, y tienen una respuesta común: que las reservas pensionales de las que proviene el pago de la pensión de vejez objeto de la controversia, no hacen parte del tesoro público, como pasa a indicarse.*

*"Los recursos para el pago de las prestaciones que se originan en el Sistema General de Pensiones son de carácter parafiscal como lo ha enseñado la doctrina.*

*"Uno de los elementos esenciales de la parafiscalidad es el de que esta clase de recursos constituyen un patrimonio de afectación, esto es, que los bienes que lo integran han de destinarse a la finalidad que la ley les señala en el momento de su creación; así, los fondos constituidos con las cotizaciones o los aportes que efectúan por mandato de la ley, el Estado o los particulares, a cualquiera de los regímenes de pensiones, han de consagrarse exclusivamente a pagar las prestaciones del servicio de la seguridad social en pensiones.*

*"La Constitución Política de 1991 incorporó al mundo normativo la institución de la parafiscalidad, creada por la doctrina a partir de figuras legales como las contribuciones destinadas a cubrir los*

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por invalidez aquí reclamada, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 45 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 37 de la misma normatividad:

**Artículo 45.** El afiliado que al momento de invalidarse *no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*, prevista en el artículo 37 de la presente ley". (Subrayado fuera del texto).

**Artículo 37:** *Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así*

---

riesgos en salud y pensiones; la ley que regula el sistema de seguridad social plasmó en su texto los elementos esenciales con las que esta doctrina ha diferenciado los recursos parafiscales; así, la Ley 100 de 1993, en su artículo 283 consagra la exclusividad del beneficio en pensiones; los artículos 25, 52 y 90 le otorgan el carácter de administradoras a las entidades a las que se le confía la gestión de los recursos, en su orden, del Fondo de Solidaridad Pensional, del régimen de prima media con prestación definida, del de ahorro individual con solidaridad, de manera que, de los patrimonios de afectación no puede predicarse propiedad –solo anti técnicamente- por cuanto nadie puede ejercer el poder de libre disposición sobre ellos”.

“De esta manera, el fondo económico del que proviene el pago de las pensiones de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, aunque esté radicado en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, no es ni ha sido propiedad suya, sino que éste ha sido sólo administrador de aquellos”.

“La Constitución Nacional señala las entidades que contribuyen a conformar el Tesoro Público: la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, dentro de las que está comprendido el Instituto de Seguros Sociales, por su carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, e integran el tesoro con los bienes y valores que sean propios de cada una de ellas; como las reservas pensionales con las que el Instituto cubre el valor de la pensión de vejez, no son de su propiedad, sino que son sólo administradas por él, no hacen parte del Tesoro Público”.

“Así, entonces, el Tribunal Ad quem no infringió la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Nacional.”

“Pues bien, al no tener el carácter de pública la pensión legal que reconoce el Instituto de Seguros Sociales a un trabajador oficial, trayendo como consecuencia que no se configura la prohibición constitucional y legal que pone de presente la censura, y siendo hechos indiscutidos tanto el origen de las pensiones de jubilación que otorgó la ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. a los demandantes con antelación al 17 de octubre de 1985, valga decir, de naturaleza convencional, como que el ISS a su vez les concedió a éstos la pensión de vejez, y que la demandada decidió cancelar únicamente la diferencia entre las dos pensiones para comenzar a compartirla, se concluye que dichas pensiones se deben mantener como autónomas, con mayor razón cuando en verdad tienen la vocación de ser compatibles.” (Resaltes de la Sala).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

“m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”.

*obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.*

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

*“Artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:*

*a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;*

*b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;*

*c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;*

***d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994<sup>8</sup>, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994<sup>9</sup>“.***  
*(Negrilla y subrayado fuera del texto).*

En este punto, con el fin de resolver la inconformidad planteada por Colpensiones y en atención a las preceptivas enunciadas, es claro que existe un requisito legal para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de Invalidez **cuando se trata de origen profesional**, siendo este, que el afiliado a dicho sistema -riesgos laborales- se invalide

<sup>8</sup> Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

<sup>9</sup> Mediante sentencia C452 de 2002 se declaró inexecutable el artículo 53 del Decreto Ley 1295 de 1994, tras considerar que los: “Artículos 36, 39, 40 y su parágrafo, 42 y su parágrafo, 45, 46, 48 y sus párrafos, 50, 51 y 53.- Serán declarados inexecutable por cuanto regulan situaciones que tienen que ver con el régimen de las prestaciones para lo cual no estaba facultado el ejecutivo. En cuanto al artículo 53 modifica lo previsto en los artículos 253 y 256 de la ley 100 de 1993, excediéndose en las facultades, pues, lo regulado en estos no forma parte de la administración del sistema sino del sistema mismo”.



como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia, por ende, es claro que el cumplimiento de estos supuestos no exonera a las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, pese a ser de origen profesional, se itera, el Decreto 4640 de 2005 siguió sosteniendo dicha situación sin que pueda ser desconocida por la entidad demandada.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que la demandante inicialmente fue calificada mediante dictamen expedido por la IPS MEDICOL SALUD, en el cual se concluyó que ostentaba el 80% de pérdida de capacidad laboral -PCL- con fecha de estructuración del 13 de mayo de 2015. Posteriormente, en cumplimiento a lo previsto en el Decreto 1655 del 20 de agosto de 2015<sup>10</sup>, se revisó el estado de invalidez de la señora Betty Abril y se confirmó el porcentaje y fecha de estructuración por parte de la Junta Médica de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral UT Servisalud San José a través del dictamen calendado 10 de abril de 2019 (*páginas 43 y 44, archivo 01Demanda.pdf*), corroborándose con ello, la actora tiene una discapacidad de origen profesional, por lo que le fue reconocida la prestación a través de la Resolución No. 1143 del 25 de febrero de 2016 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>11</sup>, cumpliéndose lo contemplado en artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001.

Sumado a lo anterior, una vez se analizó el cumplimiento del contenido del artículo 45 de la Ley 100 de 1993, observa la Sala que la demandante no contaba con los requisitos previstos para acceder a la pensión de invalidez, ya que, la fecha de estructuración de la enfermedad se determinó el 13 de mayo de 2015 y en dicha data, no tenía 50 semanas cotizadas a Colpensiones

---

<sup>10</sup> **ARTÍCULO 2.4.4.3.7.1.** *Determinación del origen de la enfermedad laboral y calificación de la pérdida de capacidad laboral. La determinación del origen de la enfermedad o accidente laboral, así como la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez o la incapacidad permanente, su fecha de estructuración y la revisión de la pensión de invalidez, le corresponden en primera instancia a los prestadores de servicios de salud en cada entidad territorial certificada en educación, según las especificaciones del Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.26 del Decreto 1072 de 2015.*

<sup>11</sup> (*Páginas 37 a 39 del expediente digital, archivo 01Demanda.pdf*).

dentro de los 3 años anteriores, acatando el contenido del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.<sup>12</sup>. Esto, atendiendo que las 636 semanas cotizadas a Colpensiones comprenden los periodos 19 de marzo de 1985 y el 31 de julio de 1998 (ver páginas 15 a 18, archivo 01Demabnda.pdf).

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por invalidez por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció el Juez de Primera Instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001<sup>13</sup>, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

**SBC:** Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

**SC:** Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

---

<sup>12</sup> ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.  
(...).

<sup>13</sup> Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:

**Reconocimiento de la indemnización sustitutiva.** Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.  
(...)

**Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.**

**PPC:** Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.<sup>14</sup>

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$13.866.722<sup>15</sup>**, cifra que por resultar inferior a la dispuesta por el juez de primer grado (\$16.511.067), será modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

Por otra parte, respecto de las costas procesales objeto de apelación, téngase en cuenta que el legislador 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 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual: “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”, esto, **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**, de tal forma, al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a Colpensiones, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única

<sup>14</sup> ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

<sup>15</sup> Liquidación efectuada por el Grupo Liquidador de apoyo a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá:

| Cálculo Toda La Vida Laboral |          |                                                              |           |                      |                         |                     |                  |
|------------------------------|----------|--------------------------------------------------------------|-----------|----------------------|-------------------------|---------------------|------------------|
| AÑO                          | Nº. Días | IPC inicial                                                  | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual    |
| 1985                         | 212      | 1,950                                                        | 111,410   | 57,133               | \$ 14.472,17            | \$ 826.843,00       | \$ 5.843.024,00  |
| 1986                         | 365      | 2,380                                                        | 111,410   | 46,811               | \$ 15.716,71            | \$ 735.714,00       | \$ 8.951.187,00  |
| 1987                         | 117      | 2,880                                                        | 111,410   | 38,684               | \$ 24.476,15            | \$ 946.836,00       | \$ 3.692.660,00  |
| 1988                         | 306      | 3,580                                                        | 111,410   | 31,120               | \$ 25.112,84            | \$ 781.514,00       | \$ 7.971.443,00  |
| 1989                         | 365      | 4,580                                                        | 111,410   | 24,325               | \$ 40.335,62            | \$ 981.177,00       | \$ 11.937.654,00 |
| 1990                         | 365      | 5,780                                                        | 111,410   | 19,275               | \$ 52.712,88            | \$ 1.016.045,00     | \$ 12.361.881,00 |
| 1991                         | 365      | 7,650                                                        | 111,410   | 14,563               | \$ 75.353,42            | \$ 1.097.402,00     | \$ 13.351.724,00 |
| 1992                         | 366      | 9,700                                                        | 111,410   | 11,486               | \$ 104.520,49           | \$ 1.200.477,00     | \$ 14.645.819,00 |
| 1993                         | 365      | 12,140                                                       | 111,410   | 9,177                | \$ 132.344,38           | \$ 1.214.538,00     | \$ 14.776.879,00 |
| 1994                         | 365      | 14,890                                                       | 111,410   | 7,482                | \$ 176.340,82           | \$ 1.319.418,00     | \$ 16.052.919,00 |
| 1995                         | 360      | 18,250                                                       | 111,410   | 6,105                | \$ 241.416,67           | \$ 1.473.766,00     | \$ 17.685.192,00 |
| 1996                         | 360      | 21,800                                                       | 111,410   | 5,111                | \$ 356.333,33           | \$ 1.821.059,00     | \$ 21.852.708,00 |
| 1997                         | 360      | 26,520                                                       | 111,410   | 4,201                | \$ 434.083,33           | \$ 1.823.576,00     | \$ 21.882.912,00 |
| 1998                         | 181      | 31,210                                                       | 111,410   | 3,570                | \$ 522.591,16           | \$ 1.865.488,00     | \$ 11.255.111,00 |
| Total días                   | 4452     | Total devengado actualizado a                                |           |                      |                         | 2022                | \$ 182.261.113   |
| Semanas Cotizadas S.C.       | 636,00   | Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S. |           |                      |                         |                     | \$ 286.574,08    |
|                              |          | Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.   |           |                      |                         |                     | 7,608%           |
|                              |          | VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a                            |           |                      |                         | 2022                | \$ 13.866.722,00 |

valoración a tener en cuenta en este aspecto obedece a los resultados del proceso.

Finalmente, adviértase 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).

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (página 5, archivo 04ContestacionColpensiones.pdf)<sup>16</sup>, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019<sup>17</sup>, reiterada en SL 5544 de 2019.

---

<sup>16</sup> La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 09 de mayo de 2022 (archivo 06Auto20220509).

<sup>17</sup> “Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido

---

por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que, si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo – indemnización sustitutiva –, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJS18544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión– es natural que pretenda su reintegro.

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

**SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión a favor de la demandante asciende a **\$13.866.722.**

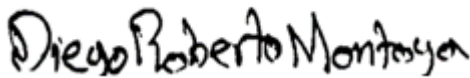
| Cálculo Toda La Vida Laboral |          |                                                              |           |                      |                         |                     |                  |
|------------------------------|----------|--------------------------------------------------------------|-----------|----------------------|-------------------------|---------------------|------------------|
| AÑO                          | Nº. Días | IPC inicial                                                  | IPC final | Factor de indexación | Sueldo promedio mensual | Salario actualizado | Salario anual    |
| 1985                         | 212      | 1,950                                                        | 111,410   | 57,133               | \$ 14.472,17            | \$ 826.843,00       | \$ 5.843.024,00  |
| 1986                         | 365      | 2,380                                                        | 111,410   | 46,811               | \$ 15.716,71            | \$ 735.714,00       | \$ 8.951.187,00  |
| 1987                         | 117      | 2,880                                                        | 111,410   | 38,684               | \$ 24.476,15            | \$ 946.836,00       | \$ 3.692.660,00  |
| 1988                         | 306      | 3,580                                                        | 111,410   | 31,120               | \$ 25.112,84            | \$ 781.514,00       | \$ 7.971.443,00  |
| 1989                         | 365      | 4,580                                                        | 111,410   | 24,325               | \$ 40.335,62            | \$ 981.177,00       | \$ 11.937.654,00 |
| 1990                         | 365      | 5,780                                                        | 111,410   | 19,275               | \$ 52.712,88            | \$ 1.016.045,00     | \$ 12.361.881,00 |
| 1991                         | 365      | 7,650                                                        | 111,410   | 14,563               | \$ 75.353,42            | \$ 1.097.402,00     | \$ 13.351.724,00 |
| 1992                         | 366      | 9,700                                                        | 111,410   | 11,486               | \$ 104.520,49           | \$ 1.200.477,00     | \$ 14.645.819,00 |
| 1993                         | 365      | 12,140                                                       | 111,410   | 9,177                | \$ 132.344,38           | \$ 1.214.538,00     | \$ 14.776.879,00 |
| 1994                         | 365      | 14,890                                                       | 111,410   | 7,482                | \$ 176.340,82           | \$ 1.319.418,00     | \$ 16.052.919,00 |
| 1995                         | 360      | 18,250                                                       | 111,410   | 6,105                | \$ 241.416,67           | \$ 1.473.766,00     | \$ 17.685.192,00 |
| 1996                         | 360      | 21,800                                                       | 111,410   | 5,111                | \$ 356.333,33           | \$ 1.821.059,00     | \$ 21.852.708,00 |
| 1997                         | 360      | 26,520                                                       | 111,410   | 4,201                | \$ 434.083,33           | \$ 1.823.576,00     | \$ 21.882.912,00 |
| 1998                         | 181      | 31,210                                                       | 111,410   | 3,570                | \$ 522.591,16           | \$ 1.865.488,00     | \$ 11.255.111,00 |
| Total días                   | 4452     | Total devengado actualizado a                                |           |                      |                         | 2022                | \$ 182.261.113   |
| Semanas Cotizadas S.C.       | 636,00   | Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S. |           |                      |                         |                     | \$ 286.574,08    |
|                              |          | Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.   |           |                      |                         |                     | 7,608%           |
|                              |          | VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a                            |           |                      |                         | 2022                | \$ 13.866.722,00 |

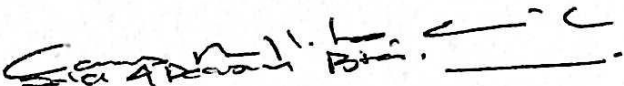
Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMEIRA LÓPEZ  
RAMÍREZ CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (Rad. 32 2021 00552  
01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado GUSTAVO BORBON MORALES como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su calidad de representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Vencido el término de traslado otorgado 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 20 de enero del 2023 (Exp. Digital: *Archivo 16*, récord: 1:26:06, en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.



**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante OMEIRA LÓPEZ RAMÍREZ a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., de fecha 18 de febrero de 2000, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, asimismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al Fondo de Garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A con cargo a sus propios recursos.

**CUARTO: ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante OMEIRA LÓPEZ RAMÍREZ como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin costas respecto de COLPENSIONES.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR expresó si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que en su sentir no se da en el presente asunto pues la demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional y así lo hizo de manera voluntaria sin presiones y de manera informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado.

Solicita revocar la decisión relativa a la indexación de los valores objeto de condena impuesta, en la medida en que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por cuanto tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos se

compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. (Exp. Digital: Archivo 16, récord: 1:28:09<sup>1</sup>)

COLPENSIONES por su parte en la impugnación, solicita se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limita este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, precisando todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que aduce la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C- 789 de 2012 y SL- 1024 de 2004 y SU- 113 de 2010, encontrándose inmersa en la prohibición legal del traslado y por ende a todas luces resulta improcedente tener como afiliada a la demandante en régimen de prima media salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicita se tenga en cuenta que para el momento del traslado la obligación del fondo no era la de brindar información y sería el afiliado quien determinaría a que fondo realizar sus aportes, por lo cual resulta desmedido exigir al fondo privado que hubiese realizado alguna proyección pensional e imponer el deber de asesoría cuando este no se había impuesto en la normativa vigente.

---

<sup>1</sup> “Si su señoría, muchas gracias, de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al Honorable Tribunal en su Sala Laboral se sirva a revocar la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de Porvenir, conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues la demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional y así lo hizo de manera voluntaria sin presiones y de manera informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado, en caso de la demandante en el año 2000 en la cual debe aclararse no exigía una información adicional.

Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento esta información.

Finalmente su señoría, le solicito a los Honorables Magistrados revocar la decisión relativa a la indexación de los valores objeto de condena impuesta a mi representada, en la medida en que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ello es así pues tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali esta última concretamente en la sentencia 018 2019 473 se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, en esos términos dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

Finalmente, indica se ha de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, y en esa medida independiente de la decisión señala su representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada (Exp. Digital: *Archivo 16*, récord: 1:30:19<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

---

<sup>2</sup> “Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por este juzgador de instancia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Le solicito al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional esta misma norma limita este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, es decir para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica en las ediciones efectuada mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución política y por lo tanto es de señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas y en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 que buscan proteger tal principio.

Aunado a lo anterior debe resaltarse que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C- 789 de 2012 y SL- 1024 de 2004 y SU- 113 de 2010 donde indica que la única condición prevista (...) es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al primero de abril de 1994, situación que como se mencionó en anterioridad no se presenta, pues demandante para aquella data contaba con aproximadamente 140 semanas cotizadas, por lo que no es procedente su traslado en cualquier tiempo de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Por todo lo anterior se tiene entonces que la demandante elevo solicitud de trasladado al régimen de prima media administrado por Colpensiones el 10 de junio de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía para aquella data contaba con 51 años de edad, por lo que no queda otra alternativa sino la de concluir que la señora Omeira López Ramírez se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado y por ende seria a todas luces improcedente por parte de mi representada tener como afiliada a la demandante en régimen de prima media salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Igualmente Honorables Magistrados les solicito se tenga en cuenta que para el momento del traslado la obligación del fondo no era la de brindar información y sería el afiliado quien determinaría a que fondo realizar sus aportes, por lo cual resulta desmedido exigir al fondo privado que hubiese realizado alguna proyección pensional e imponer el deber de asesoría cuando este no se había impuesto en la normativa vigente, por lo tanto mi defendida no desconoce el precedente proferido por la Corte Suprema de Justicia frente al deber de información el cual recae encabeza de los fondos privados, sin embargo no comparte esta posición puesto que no es razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras la obligación información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima de conformidad con lo expuesto por la Constitución en el artículo 29 de la misma el cual indica que el ajuste a las normas preexistentes al momento del acto.

Por último Honorables Magistrados, es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercer en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo cual independiente de la decisión a mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada, conforme a lo anteriormente expuesto le ruego al Honorable Tribunal que revoque la sentencia proferida en esta instancia y en consecuencia se absuelva a mi defendida, de esta forma dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5 Archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4 *ibídem*), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a PORVENIR retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado, igualmente se ordene a Colpensiones recibirla en el RPM, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, las sumas deducidas y dirigidas al Fondo de Garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A con cargo a sus propios recursos. A Colpensiones, le ordenó reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por PORVENIR el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 6 de agosto de 1971 (pág. 43, Archivo 01 expediente digital), 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 PORVENIR el 9 de junio del 2021 y ante COLPENSIONES el 10 de junio del 2021 (págs. 60 a 67 y 128 a 133, ibídem) 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 140.29 semanas de aportes (Págs. 63 y 122 Archivo 4 expediente digital, historia laboral), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **18 de febrero del 2000 con fecha de efectividad 1° de abril de ese año**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Pág. 114, Archivo 04 expediente digital), precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR donde realizó el traslado, se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito sine qua non o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP PORVENIR antes HORIZONTE, 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

---

de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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):

«(...)

*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».*

---

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

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

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

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

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

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

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

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



suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A. 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 dila demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse 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,

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 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**

---

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.

*legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>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 2000, cuando se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR un asesor la abordó y le indicó las bondades de esa AFP, concretamente que se podía pensionar en una edad inferior, que su mesada sería igual o superior a la del ISS y que en todo caso esa entidad se iba acabar, de modo que por la forma en que le mencionaron esos beneficios, decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

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 antes HORIZONTE, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A. antes HORIZONTE– 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

---

<sup>6</sup> Audiencia del 20 de enero del 2023, récord 13:00

de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2000, 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 S.A. antes HORIZONTE S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (18 de febrero del 2000, efectivo el 1º de abril de ese año) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar a COLPENSIONES, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por Colpensiones, 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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, como también el hecho de que la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que 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.

Precisando a PORVENIR, con relación a la orden 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 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).*

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media



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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 27 y 28 Archivo 5 expediente digital)<sup>7</sup> 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, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

---

<sup>7</sup> Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 9 de mayo del 2022 (Archivo 8 expediente digital).

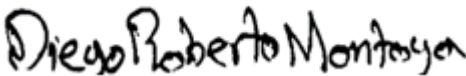
## RESUELVE

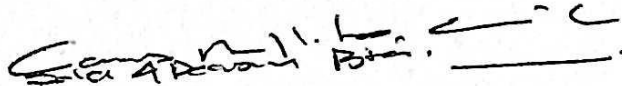
**PRIMERO: ADICIONAR** el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información 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.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ESPERANZA QUEVEDO GÓNZALEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2021 00444 01).**

**AUTO**

La apoderada de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** sustituye el poder conferido, siendo procedente **RECONOCER PERSONERIA** adjetiva a la Abogada **LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ**, quien se identifica con C.C. No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C. S. de la J., conforme a las facultades otorgadas en la cláusula 2da de la Escritura Pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019, mandato allegado mediante correo electrónico de fecha 19 de enero de 2023 (*archivo, carpeta segunda instancia, 06CorreoColpensiones.pdf y 08Sustitución.pdf*).

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez

Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 31 de octubre de 2022 (Exp. Digital, 027. Acta Audiencia.pdf, récord 29:33), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO** se absuelve a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones reclamadas en su contra por la señora Esperanza Quevedo González.*

***SEGUNDO** se condena en costas a la señora Esperanza Quevedo González, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho \$50.000 pesos, para cada una de las demandas que se incluirán en la liquidación de costas.*

***TERCERO** de no ser apelada la decisión se remite el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta Notificamos a las partes en estrados el Juez Rafael Mora. Si van a apelar, se les va a conceder en este estrado judicial, 5 minutos al que se hace el uso de este ejercicio de acuerdo con lo señalado en el artículo 66 del Código de Procedimiento del Trabajo; tiene la palabra el apoderado de la parte demandante.”.*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando, las administradoras de fondos de pensiones tienen una responsabilidad de carácter profesional que les impone el deber de suministrar información al afiliado de manera suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado no solo si se trata de un traslado inicial o un cambio de régimen o inclusive, hasta el momento de la entrada de prohibición de traslado cuando estuviese la demandante cerca a cumplir los 47 años de edad. Aseguró, es una situación creada desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y es claro que en las AFP radica el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación a la administradora y hasta el momento último en que se tenga posibilidades de entregar información vital para los usuarios, es decir, independientemente de tener una afiliación inicial o no al Instituto de Seguro Social porque en un momento perteneció a la Caja de Previsión del Distrito, viéndose reflejado en la entrega de un bono pensional, sigue siendo del régimen público y en este orden de ideas el afiliado tiene derecho a elegir a qué fondo pertenecer.

Aunado a ello expuso, este derecho se cumplía hasta el momento de la entrada en vigencia de la prohibición de traslado, es decir, antes de cumplir 47 años por el hecho de ser mujer, siendo claro que en ningún momento por más de 25 años de la permanencia de la demandante en el fondo Porvenir se le despojó o mejor dicho se le dio esa información, sustrayéndose, en su sentir, la AFP de la obligación que le asistía, consistente en el deber objetivo la información y de anunciar todo lo pertinente de manera completa, clara y documentada a los usuarios.

Añadió, tampoco se puede considerar que la falta de información sobre la posibilidad de trasladarse antes del ingreso de la prohibición, 10 años antes, debe recaer en la obligación de la demandante, luego, no tiene validez alguna señalar que se trató de un descuido o que en efecto la actora no tenía derecho a recibirla por el hecho de que hubiese existido un traslado inicial y no hubiese pertenecido nunca al régimen de prima media como lo señaló el juez de primer grado.

De esta forma, aclaró, no es óbice, para que entonces los fondos puedan apartarse de esa situación, pues toda la situación de información ha cambiado a medida del tiempo y existe línea jurisprudencial de la ineficacia dada por la Alta Corte y no se puede suponer que en todo el tiempo la actora estuvo informada por parte del fondo Porvenir. De este modo, solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones (récord 30:20 a 34:53<sup>1</sup>, archivo 26AudienciaFallo.mp4).

---

<sup>1</sup>**Apoderado Demandante:** Gracias Señor Juez, atendiendo al traslado que es conferido me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho con base en las siguientes consideraciones de orden fáctico, jurídico y probatorio conviene precisar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es una responsabilidad de carácter profesional que les impone el deber de suministrar información al afiliado o afiliada información suficiente completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado no solo es si se tratase de un traslado inicial o un cambio de régimen o inclusive hasta el momento de la entrada de prohibición de traslado cuando esta cumpliera o estuviese cerca cumplir los 47 años de edad esto es una situación creada desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y es claro que en las AFP radica es 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 la afiliación a la administradora a la administradora y hasta el momento último en que se tenga posibilidades de entregar información vital para los usuarios; es decir independientemente de tener una afiliación inicial o no al Instituto de Seguro Social porque en un momento perteneció a la caja de previsión del distrito que ahora es administrada por los fondos pasaron a ser administradoras administrados por el Ministerio de Hacienda los cuales se verán reflejados después por la entrega de un bono pensional sigue siendo el régimen público y en este orden de ideas pues el afiliado mi cliente tiene derecho a elegir o tenía derecho a elegir a qué fondo pertenecer a qué régimen pertenecer anudado a que este derecho se cumplía hasta el momento de la entrada en vigencia de la prohibición de traslado es decir antes de ingresar a 47 años por el hecho de ser mujer y es claro que en ningún momento por más de 25 años de la permanencia de mi cliente en el fondo PORVENIR pues se le sustrajo o mejor dicho se le dio esa información es decir se sustrajo se omitió por parte inclusive en ese último momento en el que esta tenía derecho a decidir si pertenecía a un régimen o no o cambiarse continuar o cambiarse se lo negaron, pues no se puede señalando indicar que o estas obligaciones del derecho a la información al deber objetivo la información de anunciar todo lo pertinente para oportunidad de manera completa clara y documentada a los usuarios, pues las deba soportar esta misma mucho menos llegar a pensar que el hecho de poderse informar autónomamente se suponga que recibió, aceptó, interiorizó y es conocedor de toda la información necesaria sobre las situaciones que en dicho momento esta debía conocer, tampoco pues se puede considerar señores magistrados que pues que la falta de la información sobre la posibilidad de trasladarse antes del ingreso de la prohibición 10 años antes debe recaer en la obligación de mi mandante luego no tiene validez alguna señalar que después se trató de un descuido por parte de mi prohijada o que en efecto esta no tenía derecho a recibirla por el hecho de que hubiese sido un traslado inicial y no hubiese pertenecido nunca al régimen de prima media como lo señala el despacho.

No es óbice, para que entonces el fondo pudiese apartarse de esa situación. Se le negó rotundamente, una situación a la cual ellos tenían derecho por esta situación pues es viable argumentar señores magistrados que se debe rectificar, verificar y modificar la sentencia de instancia toda vez que en efecto independientemente de la mentado por el despacho siguiendo la línea de la SL 494 del 2002, pues toda la situación de información ha cambiado a medida del tiempo y se ha ido pronunciando en la línea jurisprudencial de la ineficacia la Alta Corte y no se puede entonces suponer que en todo el tiempo pues estuvo informada o la apreciaba una información por parte del fondo PORVENIR, donde en efecto vuelvo y señaló se debe modificar esta sentencia proferida por el a quo, acogiéndose pues a la obligatoriedad a seguir el precedente de la Corte Suprema de

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

### CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **ESPERANZA QUEVEDO GÓNZALEZ** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. digital *01EscritoDemanda.pdf*, páginas. 3 a 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 3, *ibidem*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación, efectuada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de noviembre de 1995 ante la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndola al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora, como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, se ordene a la AFP Porvenir S.A., le retorne junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida, se ordene a Colpensiones, recibir en el régimen de prima media con prestación definida a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, condenando al pago de costas y agencias en derecho y derechos *ultra y extrapetita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas. Lo anterior, al considerar que en el caso que nos ocupa, la consecuencia de declarar la ineficacia al traslado es precisamente dejar sin efecto el acto jurídico del traslado y retornar las cosas al estado anterior, luego, la señora Esperanza Quevedo González jamás estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida por lo que no puede existir retorno alguno a este régimen, adicionalmente, al no tener afiliación alguna al régimen de prima media con el extinto Instituto de Seguros Sociales para la época en que la demandante decidió afiliarse no tuvo la oportunidad de ofrecer la asesoría correspondiente pues, insistió, la actora decidió desde un principio optar por el

---

*Justicia Sala laboral y en consecuencia se puede modificar y conceder todas y cada una de las pretensiones incoadas muchas gracias señor juez por la palabra.*

régimen de ahorro individual. Así las cosas en aplicación a los anteriores parámetros jurisprudenciales en el sub examine concluyó el fallador que no es posible el retorno de la demandante al régimen de prima media con prestación definida como quiera que nunca se afilió a dicho régimen, así como tampoco es posible declarar la inexistencia del acto jurídico de la afiliación en atención a que la demandante desde el inicio de su vida laboral decidió escoger el régimen de ahorro individual luego, el fondo privado en su momento explicó lo concerniente a dicho régimen que administraba sin que fuese posible explicar si convenía quedarse en un régimen diferente. En consecuencia consideró, no se ve reflejado ningún vicio por lo que, no se pueden imponer cargas o consecuencias adversas a Colpensiones cuando nunca tuvo la oportunidad de otorgar una asesoría a la actora.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º 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 9 de octubre de 1962 (*Página 47, Archivo 03.Pruebas.pdf del expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de marzo de 2021 (*páginas 29 a 39 del archivo 03.pruebas.pdf*) y ante PORVENIR el 26 de febrero de 2021 (*Páginas 40 a 46 del archivo 03.pruebas.pdf*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con

---

<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”.

15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -de acuerdo con el párrafo del artículo 151<sup>3</sup> - de ésta ley lo sería hasta a más tardar el 30 de junio de 1.995 o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había prestado sus servicios para el Hospital de Engativá Empresa Social del Estado por espacio de 541,14 semanas<sup>4</sup> (*Historia Laboral no válida para bono expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Archivo 03.pruebas.pdf, página 100 y página 154 archivo 07ContestacionPorvenir.pdf del 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.

En este orden de ideas y como atrás se anotó para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995- la carga pensional de la actora se encontraba a cargo de Caja de Previsión Social Distrital dado que el empleador de la demandante para esa época era el Hospital de Engativá Empresa Social y Comercial del Estado, tal como se anota en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Archivo 03Pruebas.pdf expediente digital, página 95 y página 78 07ContestacionPorvenir.pdf*), razón por la cual advierte esta Sala de decisión, aunque la accionante no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron

---

<sup>3</sup> ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. *El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

PARÁGRAFO. *El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.*

<sup>4</sup> *En aplicación al artículo 151 de la Ley 100 de 1993, el Hospital de Engativá Empresa Social del Estado fue creado como establecimiento **público distrital**, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio adscrito a la Secretaría Distrital de Salud (Acuerdo 020 de 1990).*



automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994<sup>5</sup>, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.<sup>6</sup>

Con relación a la incorporación automática de los servidores públicos al régimen de prima media, se refirió la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

*“(…) Por tanto, a partir de la citada fecha (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley.”*<sup>7</sup>

En consonancia con lo anterior, no queda duda que la señora QUEVEDO GONZALEZ dada su calidad de servidor público activo, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995 -, dada la ausencia de selección individual de régimen, se entendió incorporada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a la AFP PORVENIR efectuada en fecha 09° de octubre de 1995 (*Página 95, archivo 03Pruebas.pdf y página 78 archivo 07ContestacionPorvenir.pdf - expediente digital*), -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

---

<sup>5</sup> Art. 1°.- Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) **Los servidores públicos** de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o **distrital**, así como de sus entidades descentralizadas;

b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

<sup>6</sup> Así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: *“(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entonces no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100”*.

<sup>7</sup> Sentencia SL2817 de 2019.

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces que es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **09 de octubre de 1995** (*noviembre no, como lo aduce la parte actora en la demanda*) **efectiva en la misma fecha** (página 95, archivo 03.pruebas.pdf y página 78, archivo 07.ContestacionPorvenir), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP (007.ContestaciónPorvenir.pdf, página 76 y 78, *ibidem*).

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>8</sup>, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

---

<sup>8</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación*

*del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar*

al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

---

<sup>9</sup> “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

---

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte<sup>10</sup> la demandante refirió que para el año 1995, cuando se trasladó de régimen pensional, en el Hospital

---

<sup>10</sup> **Interrogatorio de parte, récord 25:00 a 35:39:** “Soy profesora Especializada en servicios de salud y gerencia financiera, soy economista, tengo un contrato de prestación de servicios, en Porvenir me vinculé en 1995 cuando ellos llegaron a vincularnos a todos, yo comencé a trabajar desde 1985 y desde 1995 los llegaron a las oficinas a decirnos que debíamos vincularnos porque el sector público se acababa, ellos dicen que iban a dar unos rendimientos muy buenos y que me iban a garantizar una pensión que la pensión era muy buena y que la plata la podía sacar y hacer inversiones entonces, cuando a uno le pintan eso cuando los fondos estaban tan mal y que se iban acabar, me dijeron que si no lo hacia los aportes se iban a perder, me quiero cambiar porque Porvenir no me está garantizando una pensión viable para mí, hoy día uno ya sabe que no es cierto que la pensión es buena, ellos dijeron que me iban a dar una buena pensión y no lo están haciendo. Si Porvenir no me puede garantizar la mesada me cambio, en 1995 yo era economista pero en este tiempo, llegaban y lo abordaba a uno y uno no tenía claridad de la norma, lo cogen a uno en las oficinas y el decían que la plata se iba a acabar y eso era plata de la pensión, yo siempre he ganado buenos aportes por los salarios que han sido buenos y que ahora me digan que hoy día sería una pensión de \$1.200.000 eso no es aceptable, yo no tengo claros conceptos de solidaridad, no analice eso, yo esperaba que el fondo privado fuera claro y me dijera las cosas como eran y me dieran la oportunidad de decidir, simplemente me pintaron el fondo como lo mejor, donde me hubiera explicado yo no hubiese aceptado eso, yo confié, no me traslade dentro de los 10 años porque nunca hice la gestión de averiguar nada, yo estaba confiada en que iba a ganar una buena pensión, yo pienso que lo más justo era que una persona que venía con el sector público me dijeran y nunca lo hicieron, ellos actuaron de mala fe y me pintaron que la pensión era alta, incluso, yo empecé con ellos y ellos dijeron que el bono me iba a dar grandes rendimientos y después como 5 años me cambié a Horizonte y ninguno resultaba con nada”.

**Interrogatorio a instancia de Colpensiones (récord 38:21 a 46:24),** “Me afilié a Porvenir porque en ese momento trabajaba en el Hospital al Granja, en ese momento llegaron los asesores de Porvenir que afiliarnos a todos porque los fondos públicos se iba acabar, me abordó un señor y me dijo que era importante que pensara en mi vejez puesto que los fondos se iban acabar y ellos me garantizaban una pensión digna puesto que ellos generaban rendimientos por ser privados y que en ese momento era lo más importante que yo revisara eso que tenía un bono que me iba a servir mucho por los rendimientos los mismos que los aportes mensuales de esa fecha, que yo me iba a pensionar bien, que si no quería mi pensión yo podía sacar la plata, fueron muchas cosas, no fue clara la información, ellos no me dijeron nada ,as, lo único que me dijeron fue eso, que el bono iba a rendir y los aportes, que yo iba a garantizar, yo creí en ellos, eso era, que yo pudiera tener una pensión digna, eso era lo que esperaba, yo decía que me daban muchas oportunidades para mejorar mi pensión, tener una buena pensión, además que soy una persona cabeza de familia y no puedo ponerme a estar sin tener claridad de las cosas en el sentido de tener una buena pensión, yo no me tomé la molestia de averiguar nada más porque ellos llegaron al Hospital y eran personas autorizadas que llegan a abordarlo a uno, uno confía en el asesor, el asesor debió haberme dicho que pasaba, pero no dijeron nada, solo dijeron que conmigo tenía grandes rendimientos y tendría una buena pensión; la pensión dependía de ellos tramitar mi bono pensional y con los rendimientos que era un fondo privado, que esas dos cosas se garantizan, cuando me afilie a Porvenir como ellos dijeron que tramitarían el bono y Horizonte me dijo que ellos hacían lo del bono para los rendimientos que no me preocupara, yo confié en los fondos la verdad, ellos me dijeron que me garantizaban una muy buena pensión, fue por eso”.

**A instancia de Porvenir (récord 46:32 a 54:30):** “El bono pensional yo lo poco que se, es que es lo que uno acumula en semanas y de acuerdo a lo que uno tiene ahí del promedio del tiempo que uno ha estado, el asesor

donde laboraba, llegaron los asesores de PORVENIR para ofrecerles una alternativa para su pensión, donde le informaron que debía vincularse al RAIS porque el sector público se acabaría, así como las AFP darían unos rendimientos muy buenos y le iban a garantizar una pensión muy buena ya que la plata la podía sacar y hacer inversiones, además, recordó que le informaron sobre los rendimientos financieros sobre un bono, no recordó que pudiera hacer aportes voluntarios o que pudiera retractarse de firmar el formulario de afiliación, o que le hubieran manifestado la oportunidad de retornar al ISS. De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte de la demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados, del mismo modo, pese a que se enfatizó en el nivel de estudios de la demandante, no implica per se, que esta 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 información correspondiente al momento del traslado.

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.

---

*me dijo que eran aportes y que eso iba a generar rendimientos con el bono pensional, me hizo una proyección y me dijo que cuando me pensionara mi pensión era de 4 millones en ese momento, eso fue lo que me mostró; uno no sabe cuánto va a ganar a futuro pero por lo general mis salarios han sido asequibles, realmente lo que me dijo fue que la plata del bono y lo ahorrado me iba a garantizar una pensión, aportes voluntarios no me acuerdo de eso, me dijeron que en caso de fallecimiento la pensión quedaría a nombre de ellos, eso sí me toco decirle los normas, ,e dijo que yo me podía pensionar antes que si seguía con esos aportes así, podía pensionarme antes, los requisitos son edad y semanas en régimen de prima media, ahora es que aprendí esas cosas porque me toco, los extractos de Porvenir no llegaban, me empezaron a llegar después del tiempo pero casi no llegaba eso, igual llegaba y uno no tengo claro eso porque una vez que llame y pregunte me dijeron que eso lo liquidaban con el tiempo y uno confía, yo estaba tranquila la verdad, yo soy economista pero toda la vida he trabajado en salud, yo no conozco de pensiones, siempre me he desempeñado en el área de salud, mirando valores de atención médica y otros procedimientos pero en pensión no se, en salud yo le contesto pero pensión no, desafortunadamente no las sé, los formularios eran muy generales y me dijeron que con el tiempo me liquidaban así que finalmente yo pensaba que no iba a llegar a la edad de pensión y no le paraba bolas a eso, diligencie el formulario”.*

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 (09 de octubre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (página 156, *archivo 07ContestacionPorvenir.pdf*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima <sup>11</sup>, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>12</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a la administradora PORVENIR, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro

<sup>11</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>12</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumadas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

Así también lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

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

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo 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 PROTECCIÓN S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor». (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>13</sup>, a favor de quien se surte la consulta (Páginas 31 y 32 «12ContestacionColpensiones.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,

<sup>13</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 19 de enero de 2022 (archivo 14TieneporContestadaFijaFecha.pdf).



además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

*Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse*

*las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)» (Negritas y subrayas fuera de texto)*

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, ordenando a la demandada PORVENIR S.A., efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada. De igual modo, a la PORVENIR S.A. devolver a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora.

**SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera serán a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

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

### **RESUELVE**

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

**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por **ESPERANZA QUEVEDO GONZÁLEZ** el 09 de octubre de 1995 (efectivo en la misma fecha) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

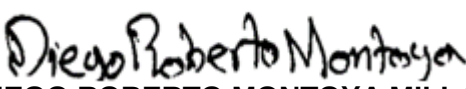
**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado.

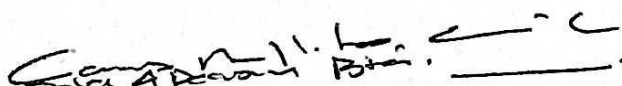
**CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados de las **AFP PORVENIR**, a favor de la accionante, teniéndolo válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

**QUINTO: 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.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PORVENIR, favor de la demandante.

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

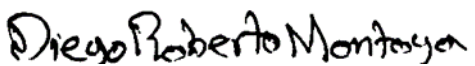
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ANTONIO  
GONZÁLEZ CUBILLOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2022 00018 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

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

  
**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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de octubre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 48:21*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por LUIS ANTONIO GONZÁLEZ CUBILLOS al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo en que éste permaneció afiliado al fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a volver a afiliarse a LUIS ANTONIO GONZÁLEZ CUBILLOS al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, señalamos como agencias en derecho la suma de un millón de pesos que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES.

**QUINTO:** De no apelarse la decisión, se remite el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que la estudie en el grado jurisdiccional de consulta.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifiesta que no se dan los presupuestos procesales para la aplicación de la ineficacia del acto de afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad.

Señala haber sido ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de la AFP, a la luz de las normas vigentes para tal fecha del traslado expresando no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron una doble asesoría.

Expresa que aceptar el retorno del demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y se debe tener en cuenta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, ya que desde la perspectiva social se contrariaría a la equidad y se abandonaría el valor de Justicia material al permitir que personas que no han contribuido con los rendimientos de los fondos entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas, esto atendiendo el artículo 48 de la Constitución Política la cual señala la prohibición del desfinanciamiento del sistema pensional.

Solicita en caso de confirmarse la decisión, autorizar a Colpensiones para que obtenga por las vías pertinentes el valor de los perjuicios judiciales que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante, como también se ordene a Porvenir abstenerse de hacer deducciones por seguros de invalidez y sobrevivencia que contribuirían con la descapitalización del sistema pensional y del régimen de prima media.

Finalmente peticiona, no se condene en costas, toda vez que al ser Colpensiones un tercero de buena fe, lo único que hizo fue aceptar la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, teniendo en cuenta la normatividad vigente. (*Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 49:48<sup>1</sup>*)

---

<sup>1</sup> **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias señor Juez, sí muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy a efecto de que los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Lo primero es señalar que no se dan los presupuestos procesales para la aplicación a la ineficacia del acto afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto en virtud del principio de inescindibilidad, puesto que son las autoridades administrativas las allí señaladas y competentes.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento de los deberes de la AFP o de sus funcionarios deben ser resarcidos por esta en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994 puesto que Colpensiones fue ajeno al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de la AFP a la luz de las normas vigentes para el mes de octubre de 1994, fecha en que el demandante realiza su traslado a la AFP Porvenir y no pueden aplicarse disposiciones posteriores.

Debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados, que aceptar el retorno del demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional, esto en términos de la sentencia C - 1024 del 2004, la SU - 062 del 2010 y la SU - 130 del 2013, la Corte Constitucional en materia de traslado manifestó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, por lo tanto la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados como lo señala el artículo 28 de la Constitución Política.

Debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados, que Colpensiones fue un tercero de buena fe que aceptó el traslado del demandante al régimen de ahorro individual esto teniendo en cuenta las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto desde la perspectiva social se contraría a la equidad y se abandona el valor de Justicia material al permitir a personas que no han contribuido con sus rendimientos a los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por los demás y no por ellas mismas.

Por lo anteriormente expuesto y en gracia discusión que se confirme la sentencia de primera instancia ruego Honorables Magistrados como primer argumento autorizar a Colpensiones para que se obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin originados de los fondos en este caso el fondo Porvenir. Como segundo aspecto a rogar Honorables Magistrados, que se ordene a Porvenir no realizar descuentos o deducciones por seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia toda vez que esto contribuiría a adicionalmente con la descapitalización del sistema pensional y como tercero rogar Honorables Magistrados que no se condene en costas a mi representada Colpensiones, toda vez que como ya lo señalé fue un tercero de buena fe, respetó el ordenamiento jurídico y la libre elección y decisión del demandante de trasladarse de régimen pensional, por lo anteriormente expuesto dejó así sustentados mis argumentos del recurso de apelación, muchas gracias Honorables Magistrados, muchas gracias señor 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 del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 y 2, del archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 4, ibidem*), aspirando de manera principal se declare ineficaz el traslado y afiliación al RAIS, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. proceda a trasladar a Colpensiones todos los aportes, con intereses rendimientos, saldos de la cuenta individual y sumas adicionales de la aseguradora sin efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por comisiones y al pago de las costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a PORVENIR, en consecuencia, ordenó a dicho fondo, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, como también a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliado en el fondo privado; condenó a Colpensiones a recibir al actor en el régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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 1° de mayo de 1966 (*Página 19, Archivo 1 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de enero del 2022 (*Página 20 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema 330,57 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 137 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **7 de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de noviembre de ese año** (*Páginas 92 y 95 expediente digital Archivo 20*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal

---

<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”.



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 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

**«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*

---

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

*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 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*

*(…).*

---

*“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 accionante<sup>5</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de Porvenir le manifestó que el ISS se iba acabar y que podía perder el dinero que tenía allí, además le dijo que se podían retirar en cualquier tiempo de la AFP, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, pues lo que se hizo fue una afiliación de todos los empleados del Banco de Bogotá.

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

---

<sup>5</sup> Audiencia 18 de octubre del 2022 (récord: 10:57)



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 95, Archivo 20 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:

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 (7 de octubre de 1994 , efectivo el 01 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 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.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por Colpensiones, 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*ver certificado pág. 135 Archivo 20 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, la accionada PORVENIR, 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> 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 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

<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

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

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

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

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

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 propuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup> (Páginas 32 a 34 Archivo 23 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 4 de septiembre de 2022, archivo 30 expediente digital.

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

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

**SIN COSTAS** en 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 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.

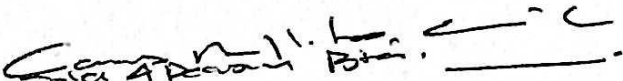
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO  
ARTURO GIL DÍAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A., (RAD. 36 2021 00479 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º 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 AFP PORVENIR y por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de noviembre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 26ActaAudienciaArt7780, récord: 50:05* en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor LUIS EDUARDO ARTURO GIL DÍAZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de abril del 98, a través de COLPATRIA hoy PORVENIR.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones SIAFP y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos 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: ORDENESE** a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

**CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.

**QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que una vez el demandante reporte la novedad de retiro, proceda a reconocer la pensión de vejez, liquidándola acodé de lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 del 93.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES liquidándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las mismas.

**SÉPTIMO: CONSÚLTESE** con el superior la presente sentencia a favor de COLPENSIONES, según lo establece el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES<sup>1</sup> difiere de las consideraciones de la sentencia recurrida argumentando que no desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se afilió el demandante a Colpatria hoy Porvenir S.A, no obstante, arguye que la afiliación fue de manera libre, consciente y voluntaria, hecho que se ratifica con el actor durante 25 años en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionó que para la anualidad 1998 no le era exigible a los fondos de pensiones efectuar proyecciones o simulaciones pensionales con el fin de vincular a los potenciales afiliados, siendo únicamente necesario suscribir el formulario de afiliación y la manifestación de vinculación a determinado fondo de pensiones.

---

<sup>1</sup>**Apoderada Colpensiones (51:49 a 54:01):** “me permito presentar 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.

Mi representada Colpensiones en este sentido difiere de las consideraciones del despacho, pues si bien es cierto Colpensiones no desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se afilió el demandante con Colpatria hoy Porvenir S.A, lo cierto es que esa afiliación ya se vio ratificada al verse efectuada de manera libre, consciente y voluntaria, y al estar el demandante durante más de 25 años vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ha de tenerse en cuenta Honorable Tribunal que para 1998 no le era exigible a los fondos de pensiones efectuar proyecciones o simulaciones pensionales con el fin de vincular a los potenciales afiliados, bastaría únicamente con suscribir el formulario de afiliación y estar la manifestación preimpresa de aceptar querer vincularse a ese fondo de pensiones.

De igual manera su señoría, pues el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado que limita la libertad de escogencia dado que pues a la fecha o al momento de presentación de la demanda contaba con más de 62 años de edad, lo que impide para mi representada tener como afiliado al demandante, dado que a futuro o la inconformidad del demandante en la presente demanda es el reconocimiento de una prestación pensional que bien podría ya ser otorgada por su actual administradora teniendo en cuenta que pues ha efectuado cotizaciones y encuentra consolidado de manera expresa se puede decir ya un derecho de pre pensionarse.

De igual manera pues solicitud al Honorable Tribunal en aras que se proteja al principio de la sostenibilidad financiera pues niegue las pretensiones de la demanda, en tanto la declaratoria de nulidad de afiliación y también la orden de Colpensiones a reconocer la prestación pensional en este sentido pues iría en detrimento del patrimonio y de la sostenibilidad financiera, ya que pues no ha aportado durante más de 20 años al régimen público de pensiones y pues ello devendría gravemente en el sistema pensional que administra mi representada al momento de reconocerle al demandante una prestación pensional, de esta manera su señoría dejó sustentado el recurso de apelación, muchas gracias”.

Así mismo mencionó, el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado que limita la libertad de escogencia dado que, a la fecha o al momento de presentación de la demanda contaba con más de 62 años, lo que impide el reconocimiento de una prestación pensional.

Por último, solicitó se proteja el principio de la sostenibilidad financiera en tanto la declaratoria de nulidad de afiliación y la orden de reconocimiento pensional iría en detrimento del patrimonio y del mencionado principio, resaltando que el demandante no ha aportado durante más de 20 años al régimen público de pensiones y ello afectaría gravemente al sistema pensional.

Por su parte Porvenir<sup>2</sup> interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral 2º de la sentencia de primer grado, referente a la orden de indexación, soportando su inconformidad en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 9316 del 29 de junio del 2016 y manifestando 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, por lo que, en su sentir resulta incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar como quiera que jamás los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante se vieron afectados por la devaluación e inflación de la economía y por el contrario, PORVENIR con su administración siempre garantizó rendimientos superiores a los que se hubiesen generado en el régimen de prima media.

---

<sup>2</sup>**Apoderada Porvenir (54:03 al 55:52):** “de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación parcial frente al numeral segundo de la sentencia y específicamente frente a la orden a mi representada de devolver estos valores debidamente indexados, teniendo en cuenta que según lo dispuesto, lo que se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 9316 del 29 de junio del 2016, se precisó que la indexación abre comillas “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” cierre comillas, luego como quiera que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPs se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incongruente entonces ordenar la indexación de los valores a trasladar como quiera que jamás los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante se vieron afectados por la devaluación e inflación de la economía y por el contrario Porvenir con su administración siempre le garantizó rendimientos a los mínimos establecidos para el régimen de ahorro individual en la ley y que son muy superiores a los que se hubiesen generado en el régimen de prima media, de manera que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros incluye los frutos o intereses que se obtienen por la AFP de los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del demandante, lo que sin duda entonces debe descartar la indexación como también lo atendió el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de junio de 2022 dentro del proceso laboral promovido por Felisa León con radicado 2021 - 00111 y el Tribunal Superior de Cali también en proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo Regalado con radicado 2022 00234 en sentencia el 25 de julio del 2022, entre otros, en el sentido entonces de precisar que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar, en esos términos señores magistrados entonces les ruego revocar la orden de devolver los valores debidamente indexados, en estos términos dejó sustentado 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 la demanda (Páginas 2 a 3, del archivo 03Demanda expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 4 a 5, ibidem),** aspirando de manera principal se condene a PORVENIR, a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación del demandante es ineficaz, se traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales cotizados incluidos los rendimientos, las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Igualmente, pretende se condene a COLPENSIONES a la activación de la afiliación en pensión, convalidar la totalidad de los aportes trasladados por la AFP PORVENIR en la historia laboral, reconocer y pagar la pensión de vejez, conforme los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 modificada por la Ley 100 de 1993 junto con el retroactivo respectivo, derechos ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicitó se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a nombre del demandante realizado y promovido por PORVENIR por error de hecho que vició su consentimiento, en consecuencia, se registre en el sistema de información de los fondos privados que el traslado de régimen pensional del actor es nulo por error de hecho. **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, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos 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. Así mismo, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez una vez se haga efectiva la novedad de retiro, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

De igual modo, encontró probado que el actor tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir 1311 semanas de cotización y haber cumplido 65 años de edad el 18 de noviembre de 2022, sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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 09 de mayo de 1961 (*Página 3, Archivo 04Pruebas expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de febrero de 2019 (*Páginas 6 y 7, Archivo 04Pruebas expediente digital*), a PORVENIR el 18 de julio de 2019 (*Páginas 14 y 15 Archivo 04Pruebas expediente digital*) y

---

<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”.

COLFONDOS el día 25 de junio de 2019 (*Página 38, Archivo 04Pruebas expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 por parte de PORVENIR al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 380,71 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Páginas 127 a 130 Archivo 04Pruebas 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.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **02 de febrero de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1998** (págs. 97 a 99 y 101, *Archivo 12ContestacionPorvenirS.A., expediente digital*), por afiliación que hiciera a Colpatria hoy Porvenir, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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 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 CSJ SL2877 de 2020 y CSJ 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 aspecto, 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 esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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 dila demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

*“(…).*

*“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”.*

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

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

(...)

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

(...).

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

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

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

---

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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante<sup>6</sup>, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que por orden de la administradora de la empresa donde laboraba recibió un formulario de afiliación y él simplemente lo diligenció, insistiendo en que no conocía sobre las desventajas del cambio de régimen y que firmó el documento por lealtad a la empresa. Se resalta que el demandante fue enfático en indicar que nunca tuvo acercamiento con un asesor del Fondo de Pensiones de manera presencial ni telefónica, situación que de manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado. 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.

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.

---

<sup>6</sup> **Interrogatorio absuelto por el demandante (10:08 a 15:02):** “Tengo 65 años y soy tecnólogo en Sistemas y Desarrollo, trabajo en desarrollo de páginas web, páginas de datos en la empresa; yo trabajaba en C y M Consultores Asociados y realizábamos unas capacitaciones para Colpatria en la 106 con 15 para las empresas que estaban afiliadas en salud ocupacional, en ese momento se les practicaba el entrenamiento, ese entrenamiento era para las empresas afiliadas con Salud Ocupacional, la administradora de la empresa para al cual trabajaba me dio un formulario para que lo llenara y yo por lealtad lo llené porque trabajaba para la empresa y esa empresa tenía contrato directo con Colpatria; el único contacto que tuve fue con la administradora de la empresa, no tuve contacto con nadie de Colpatria, yo no he tenido respuesta no comunicación con ningún asesor”.

**A instancia de Colpensiones (15:05 a 18:49):** “la afiliación en 1998 no fue libre, consciente no voluntaria porque lo hice con lealtad con la empresa para la cual trabajaba, lo hice fue porque había un convenio entre Colpatria y la empresa entrenando a las empresas que pertenecen a Salud Ocupacional; yo no me acerque a Colpatria porque en ese momento no me acompañó ningún funcionario; yo solo diligencié el formulario; yo no me acerque a una oficina del ISS; no quiero seguir afiliado a Porvenir porque es una empresa que tiene una modalidad de pensiones y es una empresa estatal que tiene funciones de nivel de pensión, por eso estoy solicitando el retorno a Colpensiones y por la falta de información y soporte por parte de la entidad Porvenir; dejé pasar mucho tiempo porque cuando fui hacer la solicitud Colpensiones me negó esa posibilidad”.

**A instancia de Porvenir (18:51 a 20:20):** “yo trabajé durante un tiempo y estuve afiliado al ISS, después trabajé como independiente en soporte de capacitaciones de Microsoft, no tuve ninguna petición no solicitud para hacer el cambio de entidad pensional; no recibí comunicación alguna para asesoría ni acompañamiento ni instrucción de parte de Porvenir”.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir (página 101, ibidem), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

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

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

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de*

protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 (**02 de febrero de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1998**), el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, 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 por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades<sup>8</sup>, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

<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



Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

Ahora bien, toda vez que PORVENIR interpuso recurso de apelación argumentando la improcedencia del pago de los valores debidamente indexados, debe precisar la Sala frente a este aspecto como quiera 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 en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

De tal forma, la Sala no acoge los argumentos expuestos por PORVENIR en torno a la indexación, además, la sentencia citada como punto de referencia, a saber, SL 9316 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, expone lo relativo a la incompatibilidad entre los intereses de mora y la indexación de las mesadas adeudadas, problema jurídico que no se discute en este asunto.

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

Por otro lado, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que 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.

Ahora bien, adviértase 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>9</sup>, a favor de quien se surte la consulta (páginas 41 y 42, «14Contestacion.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.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional del accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993<sup>10</sup>, disposición que exige para el caso de los hombres debe haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas, las cuales 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.

---

<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 30 de marzo de 2022 («17AutoFijaFecha.pdf»).

<sup>10</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”.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 20 del archivo «03Demanda.pdf», copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 18 de noviembre de 1957, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2019**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 106 a 128 del archivo digital (12contestacionPorvenir.pdf), la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR con corte a octubre de 2021 en la que se desprende que el demandante contaba a dicha data con 1.311 semanas, discriminadas en 446,5 por concepto de aportes a entidades públicas y 865 semanas cotizadas en el RAIS, razón por la cual es claro que actualmente el promotor de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que *«La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente»*.

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación de del actor es activo, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de del actor, precisando, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedó visto el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

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

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado 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.

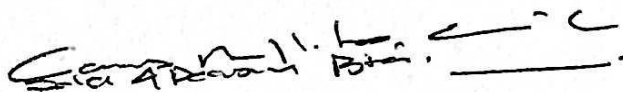
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**



**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMILO CRUZ GALINDO  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES-y PORVENIR S.A. (RAD. 38 2021 00328 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por VALENTINA GOMEZ TRUJILLO en su calidad de profesional adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR 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 15 de diciembre de 2022 (*Exp. Digital, archivo 23ActaSentencia20221215, récord: 1:12:38*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por CAMILO CRUZ GALINDO con destino al fondo de pensiones COLPATRIA hoy AFP**

PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario el 25 de septiembre de 1998, 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 la **AFP PORVENIR 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** los recursos recibidos en el RAIS por cuenta del demandante durante el tiempo en el que permaneció irregularmente vinculado a ese régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)}} \times \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Que corresponde al valor que mensualmente percibió el RAIS administrado Porvenir igual al valor indexado, debiéndose tomar para el efecto como índice inicial el del mes en que se verificó el ingreso económico correspondiente y como índice final el de la fecha en que se efectúe 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 tales procedimientos, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP Porvenir S.A, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que, en el evento de subsistir recursos en la cuenta de ahorro individual del demandante con posterioridad a los procedimientos reseñados, los valores respectivos deberán ser puestos órdenes del fondo de solidaridad pensional, pues deben ser destinados al sistema general de pensiones en la medida que es un producto de la administración de recursos propios del sistema.

**TERCERO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

**CUARTO: COSTAS** lo serán a cargo de 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 en favor del demandante.

**QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior.”.

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES la apeló, argumentando<sup>1</sup> para tal efecto, que el demandante se

<sup>1</sup> **Recurso Colpensiones (Récord 1:15:11, archivo 23ActaSentencia20221215)**; “En primera medida pues solicito amablemente al Honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra conforme a los siguientes fundamentos, el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen ahorro individual con la AFP Porvenir, en ese sentido es de precisar que el demandante realizo solicitud de traslado del RAIS al régimen de prima media cuando se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado que está en la Ley 797 del 2003, lo que deviene entonces en la imposibilidad de 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, además el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá

encuentra válidamente afiliado al régimen ahorro individual con la AFP Porvenir, precisando que el demandante realizó solicitud de traslado del RAIS al régimen de prima media cuando se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado que contempla la Ley 797 del 2003, lo que deviene entonces en la imposibilidad de trasladarse de régimen según la normativa citada, adujo además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse, también el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, por lo que alegar que los asesores indujeron en error al actor para realizar la afiliación en el RAIS y adicionalmente no le brindaron información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media al régimen de ahorro individual pone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

En sentir de esta parte, resulta inverosímil que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades de su traslado sin haber formulado inquietud de la decisión y no fue sino hasta este momento que decide solicitar el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP. Arguyó, no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a un régimen

---

*en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, por lo que alegar por la parte actora que la AFP a través de sus asesores lo indujeron en error para realizar la afiliación en el RAIS y adicionalmente no le brindo la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y pone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados.*

*Resulta inverosímil que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades de su traslado sin haber formulado inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no fue hasta este momento que decide solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP, de igual manera no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a un régimen pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como exige 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 la obligación de asesoría y buen consejo en suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que debe 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 en una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.*

*Es de señalar que la permanencia en el RAIS por parte del demandante evidencia con claridad que éste aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía dieron como consecuencia la aceptación y (...) del RAIS ello teniendo en cuenta que conforme el vínculo contractual con dicha entidad, en esa dirección no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia o nulidad de traslados indiscriminados de afiliados al régimen de prima media solamente al basarse en falencias en el otorgamiento de la información por parte de los fondos privados y que hoy sus afiliados pretenden el retorno al régimen de prima media cuando no ha generado una debida fidelidad al sistema”.*



pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como exige el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4º enuncia el deber de los consumidores financieros del sistema general de pensiones, siendo evidente que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo en suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que debe 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 en una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Señaló que la permanencia en el RAIS por parte del actor evidencia con claridad que éste aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía dieron como consecuencia la aceptación, ello teniendo en cuenta que conforme el vínculo contractual con dicha entidad. Informó, no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia o nulidad de traslados indiscriminados de afiliados al régimen de prima media solamente al basarse en falencias en el otorgamiento de la información por parte de los fondos privados y que hoy sus afiliados pretenden el retorno al régimen de prima media cuando no ha generado una debida fidelidad al sistema.

Por su parte, Porvenir S.A. argumentó en el recurso que ocupa a la Sala<sup>2</sup>, en el presente caso no existen razones fácticas ni jurídicas para que se declare la

---

<sup>2</sup> **Recurso Porvenir (Récord 1:18:48, archivo 23ActaSentencia20221215)**: “Esta bien su señoría, me permito interponer recurso de apelación el cual me permito sustentar ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en los siguientes términos:

*Honorables Magistrados es claro que en el presente caso no existen razones fácticas ni jurídicas para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que como no obra en el expediente además tampoco se ha instaurado ninguna acción en contra del formulario de afiliación el cual acredita que dicho traslado obedece a una decisión voluntaria por parte del demandante, en ese sentido que no es aplicable la sanción contenida en el artículo 71 de la Ley 100 de 1993, sumado a ello y como lo manifestó la actora en el interrogatorio de parte, su traslado se dio de manera acompañada por parte del fondo privado Colpatria, los cuales le manifestaron características propias del régimen de ahorro individual como que sus aportes generan unos rendimientos, que tendrían la posibilidad de realizar aportes voluntarios, que los mismos junto con el capital y los aportes que tenga en la cuenta de ahorro individual constituirían el valor o constituirían el capital para financiar su mesada pensional, sumado a ello los mismos asesores le manifestaron cuáles eran los requisitos o cuales eran las formas para obtener la mesada pensional con Colpensiones, es en ese sentido que mi representada cumplió con el deber de información que le asistía a los fondos privados para la fecha en que la demandante realizo su traslado, es decir el contenido del Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993.*

Es necesario poner de presente señores magistrados como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus múltiples sentencias el deber de información que asiste a los privados se ha vuelto más exigente con el paso de los tiempos, es decir ha pasado por unas etapas las cuales ha clasificado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en 3, en este caso nos encontramos en la primera etapa donde no se le exigía a los fondos privados el suministro de las características propias del régimen de ahorro individual a los afiliados, caso que fue evidenciado presente proceso y se surtió de manera (...) toda vez que como lo manifiesta el actor conocía las características y hacía ver viable que el actor sí conocía que se encontraba en un momento de traslado de régimen pensional el cual se iba a regir por unas reglas que no se encontraban en el régimen de prima media con prestación definida, es en ese sentido en que no es aplicable la jurisprudencia sobre la materia de declarar la ineficacia por falta al deber de información toda vez que en el presente proceso puede extraerse que el mismo si se cumplió en debida forma.

Adicionalmente, señores Magistrados como lo manifestó el actor en su interrogatorio de parte lo que lo motivó a iniciar este proceso no radica en una inconformidad en cómo se dio su vinculación, ni como mi representada le ha venido prestando sus servicios, sino que su inconformidad va direccionada frente al incumplimiento de la expectativa de la mesada pensional que recibiría bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta que el mismo actor manifestó desconocer cuánto sería el monto de su mesada pensional con el régimen de prima media con prestación definida, es en ese sentido (...) y en el mismo sentido lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede entenderse, no puede pretenderse mejor dicho una declaratoria de ineficacia bajo dicho supuesto, toda vez que al momento del traslado no le era exigible a mi representada el suministrar al demandante cuánto iba a ser el monto de su mesada pensional que recibiría, en atención a que la misma depende de múltiples variables que no se encontrábamos para entonces.

Adicionalmente y como lo extraño el Juez de primera instancia en sus consideraciones, es de poner de presente que otra prueba documental que acredite la entrega de información al momento del traslado tampoco le era exigida a mi representada, toda vez que no fue sino hasta el año 2016 mediante la Circular 016 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que se le empezó a exigir a los fondos privados el guardar un soporte adicional a la entrega de información a la fecha en que los actores realizaron su traslado al régimen pensional, es en ese sentido que no es cierto que mi representada se encuentre en mejor posición probatoria que acredite la entrega de información al momento del traslado.

Ahora bien señores magistrados, también es necesario poner de presente que a los demandantes les asiste un deber mínimo de diligencia y cuidado de sus propios negocios el cual carece en el presente caso, toda vez que como lo manifestó el actor, en ningún momento se acercó a las oficinas de Porvenir S.A o de los fondos a los cuales hizo parte también como Colpatria, Horizonte hoy Porvenir, sumado a que como lo manifestó el actor no ha realizado una actualización de datos con mi representada, es en ese sentido en que con el actuar del demandante no puede pretenderse beneficiar de su propia culpa al buscar la declaratoria de ineficacia por un incumplimiento en cuanto a la prestación económica que recibiría por la pensión de vejez.

Ahora señores Magistrados si es a consideración de ustedes el mantener en firme la declaratoria de ineficacia, de manera muy respetuosa les solicito revoque la condena de indexación, toda vez de que si lo que se persigue con esta acción es que los recursos que tiene el actor en su cuenta de ahorro individual no se vean deteriorados con el paso del tiempo, pues dicho recursos estarían resarcidos con el traslado de unos rendimientos que si atendemos a lo que se encuentra detrás de una declaratoria de ineficacia, es decir el concepto de las restituciones mutuas que las cosas vuelvan a un estado anterior, pues dichos rendimientos no se debieron haber generado en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que el traslado de una sumas indexadas más el traslado de unos rendimientos impondría una doble condena en contra de mi representada y un enriquecimiento sin justa causa sobre Colpensiones.

Ahora señores Magistrados, de manera muy respetuosa les solicito no condenen o no adicionen la sentencia el trasladar a mi representada gastos de administración y sumas de seguros previsionales en atención a que estos rubros ya no se encuentran en el patrimonio de mi representada, ni fueron descontados de manera caprichosa por parte de la misma, en atención a los gastos administración los mismos se usaron para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual y administrar los recursos del actor y en el tema de las sumas de seguros previsionales dicho descuento es de hacer la anotación que también es descontado en el régimen de prima media con prestación definida sumado a que esto se pagó efectivamente a la aseguradora para cubrir eventuales defectos de invalidez y muerte.

Ahora señores Magistrados, por último frente a la condena en costas les solicito de manera muy respetuosa la misma sea revocada toda vez que como ya lo manifesté anteriormente en la sustentación del recurso no hay lugar a que se declare la ineficacia y se imponga otra orden a mi representada, es en ese sentido que dicha condena debe ser revocada sumado señores Magistrados les solicito tengan en cuenta que mi representada en todo momento obro de buena fe y cumplió con las disposiciones normativas que le asistían para la fecha en que el actor realiza el traslado de régimen pensional y es en ese sentido en que no puede atribuirse en un mal

ineficacia del traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que no ha instaurado ninguna acción en contra del formulario de afiliación el cual acredita que dicho traslado obedece a una decisión voluntaria por parte del demandante, en ese sentido, considero, no es aplicable la sanción contenida en el artículo 71 de la Ley 100 de 1993, sumado a ello expuso, en el interrogatorio de parte, se vislumbra que el traslado se dio de manera acompañada por parte del fondo privado Colpatria hoy Porvenir, quien le manifestó las características propias del régimen de ahorro individual como que sus aportes generan unos rendimientos, que tendrían la posibilidad de realizar aportes voluntarios, que los mismos junto con el capital y los aportes que tenga en la cuenta de ahorro individual constituirían el valor o constituirían el capital para financiar su mesada pensional.

Añadió, los asesores le manifestaron cuáles eran los requisitos o cuales eran las formas para obtener la mesada pensional con Colpensiones, es en ese sentido que se cumplió con el deber de información que le asistía a los fondos privados para la fecha en que el demandante realizó su traslado, es decir, se cumplió el contenido del Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993.

Puso de presente que el actor sí conocía que se encontraba en un momento de traslado de régimen pensional el cual se iba a regir por unas reglas que no se encontraban en el régimen de prima media con prestación definida, es en ese sentido en que no es aplicable la jurisprudencia sobre la materia de declarar la ineficacia por falta al deber de información toda vez que en el presente proceso puede extraerse que el mismo si se cumplió en debida forma.

Adicionalmente manifestó, el actor inició este proceso sin tener una inconformidad en cómo se dio su vinculación, ni como el fondo le ha venido prestando sus servicios, sino su inconformidad va direccionada frente al incumplimiento de la expectativa de la mesada pensional que recibiría bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta que el mismo actor manifestó desconocer cuánto sería el monto de su mesada pensional con el régimen de prima media con prestación definida, en sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, no puede entenderse ni pretenderse una declaratoria de

---

*actuar o una negligencia, toda vez que esto se llevó a cabo por la propia negligencia del actor como ya lo manifesté anteriormente, es en ese sentido que dicha condena deba ser revocada, es así su señoría como dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.*

ineficacia bajo dicho supuesto, toda vez que al momento del traslado no le era exigible al fondo suministrar al demandante cuánto iba a ser el monto de su mesada pensional, en atención a que la misma depende de múltiples variables que no se encontraban para entonces.

Adicionalmente, puso de presente, tampoco le era exigido al fondo una prueba adicional, toda vez que no fue sino hasta el año 2016 mediante la Circular 016 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que se le empezó a exigir a los fondos privados el guardar un soporte adicional a la entrega de información a la fecha en que los actores realizaron su traslado al régimen pensional, en ese sentido, adujo que, no es cierto que el fondo se encuentre en mejor posición probatoria que acredite la entrega de información al momento del traslado.

Recalcó, a los demandantes les asiste un deber mínimo de diligencia y cuidado de sus propios negocios el cual carece en el presente caso, toda vez que como lo manifestó el actor, en ningún momento se acercó a las oficinas de Porvenir S.A o de los fondos a los cuales hizo parte también como Colpatria, Horizonte hoy Porvenir, sumado a que el actor no ha realizado una actualización de datos, es en ese sentido en que con el actuar del demandante no puede pretenderse beneficiar de su propia culpa al buscar la declaratoria de ineffectividad por un incumplimiento en cuanto a la prestación económica que recibiría por la pensión de vejez.

Solicitó se revoque la condena de indexación, toda vez que dichos recursos estarían resarcidos con el traslado de unos rendimientos que si se atiende a lo que se encuentra detrás de una declaratoria de ineffectividad, es decir, el concepto de las restituciones mutuas que las cosas vuelvan a un estado anterior, pues dichos rendimientos no se debieron haber generado en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que el traslado de una sumas indexadas más el traslado de unos rendimientos impondría una doble condena en contra de mi representada y un enriquecimiento sin justa causa sobre Colpensiones.

En cuanto a los gastos de administración y sumas de seguros previsionales en indicó que los mismos no se encuentran en el patrimonio de la entidad, ni fueron descontados de manera caprichosa, en atención a los gastos administración los mismos se usaron para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual y administrar los recursos del actor y en el tema de las sumas de seguros previsionales dicho descuento también es descontado en el régimen de prima media

con prestación definida sumado a que esto se pagó efectivamente a la aseguradora para cubrir eventuales defectos de invalidez y muerte.

Por último, frente a la condena en costas suplico sea revocada toda vez que no hay lugar a que se declare la ineficacia y se imponga otra orden.

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 2, «01DemandaOrdinaria.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 1 y 2, ibidem), aspirando de manera 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, con base en la sentencia unificada 062 de 2010, se ordene a Colpensiones a aceptar al demandante como afiliado, dentro del régimen de prima media con prestación definida, se ordene a Porvenir realice los trámites necesarios para enviar a Colpensiones los aportes, se condene en costas y se decrete facultades *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto declaró la ineficacia de la afiliación verificada por CAMILO CRUZ GALINDO con destino al fondo de pensiones COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario el 25 de septiembre de 1998, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR 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 los recursos recibidos en el RAIS por cuenta del demandante durante el tiempo en el que permaneció irregularmente vinculado a ese régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula transcrita.

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 25 de septiembre de 1998 y específicamente qué información habría recibido el demandante al menos de Colpatria, luego Horizonte hoy Porvenir 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 del actor fue el 08 de febrero de 1958 (pág. 7, archivo 08EscritoContestacionDemandadeColpensiones.pdf), 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 COLPENSIONES el 06 de julio de 2021 (págs. 25 y 27, archivo 01Demanda.pdf y págs. 47 y 48, 08EscritoContestacionDemandadeColpensiones.pdf), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 63 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

---

<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”.

probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 472,14 semanas (págs. 27 a 30, archivo *10EscritoDeContestaciónDeDemandaPorvenir20220216.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 **25 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1998** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (pág. 23 a 30, ib.), por afiliación que hiciera inicialmente a COLPATRIA, luego HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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**

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



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

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

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

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

---

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

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

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

*“(...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en 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>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las

---

<sup>6</sup> **Interrogatorio al demandante a instancia de Colpensiones (Récord 05:47 a 14:56, ibidem):** “... cuando me trasladé del ISS eso fue a finales de 1998, trabajaba en Bogotá, llegaron a la empresa unos asesores a decirnos que nos pasáramos al fondo privado porque íbamos a tener una mesada mejor que con el ISS, dijeron que si no nos pasábamos el ISS se acabaría y nadie nos recogería por la pensión, la reunión con los asesores duró como 1 hora, no se informó nada del régimen individual, habíamos unos 7 u 8 compañeros u nos preguntaban qué tiempo llevábamos en la empresa pero en específico no, nos hablaron mucho sobre el monto que podíamos

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que no recibió ninguna asesoría de Colpatria hoy Porvenir, que realizaron una reunión en la empresa con 8 compañeros de trabajo y que había un asesor, pero la información no fue completa, clara, ni con las implicaciones futuras que tenía ese cambio de régimen pensional; pues la información se limitó al cambio de régimen porque el Seguro Social se iba a acabar y tenían que pasarse a un fondo de pensión privado, además los fondos de pensión privados, eran fondos de inversión donde iban a 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, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando Colpatria, Luego Horizonte hoy PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor.

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

---

*recibir si nos pasamos al Fondo privado, nos decían que los aportes que teníamos generarían unos intereses y eso aumentaba el monto de la mesada, nos comentaron que si hacíamos un ahorro adicional nos incrementaba la mesada, lo cual yo no lo hice, en 1998 no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse ni para regresar a Colpensiones, me dijeron que me podía pensionar a cualquier edad después de determinado monto, yo me Sali de ISS porque la entidad se iba acabar y nadie iba a responder por lo que me tocaba fondo privado, tengo entendido que hoy día es Colpensiones, no le di importancia al traslado a Colpensiones porque no sabía que la pensión era de 1 smmlv, no sabía que era real hasta que me acerqué para tener idea de pensionarme y me ofrecieron 2 opciones que ellos me devuelven una cantidad de plata o una mesada de 1 smmlv, quiero regresar a Colpensiones porque la mesada es diferente”.*

*A instancia de Porvenir (récord 14:58 a 19:34): “Yo tomé la decisión de trasladarme porque me dijeron que el ISS se acababa, me pasé al fondo privado porque si no me pasaba nadie me respondería por la pensión ya que el ISS se acababa, los asesores lo que dijeron es que en el Fondo iba a ser mejor la pensión que en el ISS, con Colpensiones creo que en ese tiempo no tenía claro cuántas semanas había que cotizar, no sabía, Porvenir no sea comunicado conmigo, yo envié un estado de cuenta hace como 2 años, no he solicitado proyección en Colpensiones”.*

*A instancia del Juez (récord 19:41 a xx): “A la reunión asistí con unas 8 personas, compañeros de trabajo, estuve con ellos muy poco tiempo, durante esa hora no me indicaron nada concreto, no realice aportes porque le comente a la señora que llevaba la contabilidad y ella me dijo que no era conveniente porque yo cotizaba sobre 2 smmlv y no necesitaba aportes adicionales, yo aspiraba a pensionarme con una pensión de un millón y medio, en este tiempo, no sé en la actualidad, he escuchado por terceras personas que es mejor Colpensiones”.*

obstante, esa administradora – COLPATRIA hoy PORVENIR- 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:

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(25 de septiembre de 1998, efectivo el 1 de noviembre de ese año)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 STL11385 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 afiliado el actor (*ver certificación página 52, archivo 10EscritoDeContestaciónDeDemandaPorvenir20220216*), de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por el Juez *a quo*, esto es, los recursos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, **deberá también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, 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 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 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).*

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.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos 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 (...)».*

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 recurrente, 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.

Por otra parte, frente al argumento de Porvenir consiste en el valor de la mesada, valga aclarar que el traslado surge como consecuencia del incumplimiento del deber de información que le asistía como 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Páginas 134, 08EscritoDeContestacionDeDemandaColpensiones20220210), 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.

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 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 Porvenir, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

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,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 26 de julio de 2022, pág. 1 y 2, expediente digital.

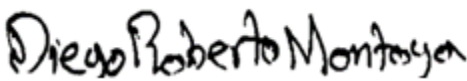
en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a dicha administradora, conforme lo considerado.

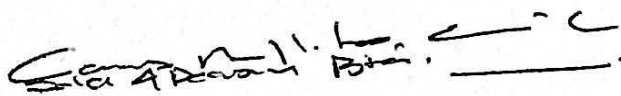
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSALBA CRUZ GUATIBONZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 39 2022 00001 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por VALENTINA GOMEZ TRUJILLO en su calidad de profesional adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio con 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 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1° de diciembre de 2022 (*Audiencia virtual, archivo 23 expediente digital Récord: 52:43*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo la demandante ROSALBA CRUZ GUATIBONZA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR con efectividad a partir del 1° de junio de 1999 es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se predica del traslado que se hizo de PORVENIR a COLFONDOS.

**SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR a que transfiera las sumas de dinero que recibió por gastos o comisiones de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, esto es del 1° de junio de 1999 hasta el 28 de febrero del 2000 y hasta el último día de febrero del 2000, -pero no me acuerdo si fue bisiesto- y además las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, voy a ampliar esta orden porque pues ha sido objeto de varias modificaciones por parte de algunas Salas en la sentencias de este despacho, en el sentido de ampliar y decir que no solamente se debe ordenar devolver, Ah no pero esto es perdón, esto es para para la segunda para Colfondos, porque aquí solamente son gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje que va para el Fondo de Garantía mínima debidamente indexado.

**TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS y aquí es donde tengo que ampliar la orden es ordenarle a COLFONDOS que transfiera a COLPENSIONES las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y el bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, estos últimos emolumentos desde gastos en adelante debidamente indexados al momento del pago.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral segundo y tercero; y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

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

**SEXTO: INFORMARLE** a COLPENSIONES que puede activar las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar el recibir a la señora Rosalba Cruz al régimen de prima media y en contra de PORVENIR y COLFONDOS.

**SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a PORVENIR y COLFONDOS, dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas se exonera a COLPENSIONES, bajo las consideraciones pues ya explicadas en este proveído.



**OCTAVO:** *Concédase el grado jurisdiccional de consulta por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES.”*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia también esta misma corporación en varios pronunciamientos ha indicado que no se puede aplicar de una manera homogénea a todos los procesos donde solicitan bien la nulidad o la ineficacia afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, precisando la demandante se trasladó de régimen pensional de una manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el año 1999, aduciendo conforme a esa normativa se tiene que por expresa disposición legal era a través de dichos formularios y además de las leyendas que se encuentran allí señaladas que se cumplía verdaderamente con los deberes de información expuestos por parte del mismo legislador para esa época.

Manifiesta que el hecho de ser afiliado lego no la exime de actuar con mediana dedicación en un asunto que es tan importante como lo es su propio futuro pensional, considerando no puede descargarse totalmente ese deber de informar en la administradora de pensiones, pues en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre el afiliado quien es conocedor de su propia situación particular y concreta, así como de sus expectativas laborales y pensionales que en últimas le permitirán poder acceder a un mejor derecho pensional, situación pues que en su momento escapaba al conocimiento de los promotores comerciales de la AFP Horizonte.

Frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales refiere tales montos tienen por mandato legal una destinación específica, por lo 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 la AFP pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual de la demandante, por lo que en su sentir la devolución de los mismos resulta improcedente, de conformidad con lo establecido por el artículo 7° del Decreto 3995 del año 2008 que establece de manera taxativa aquellos valores o recursos que deben trasladarse entre regímenes pensionales,

lo que incluye desde luego aquellas restituciones que deban hacerse en caso de que se llegue a declarar la ineficacia al traslado, disposición que no señala que deben restituirse los gastos de administración o seguros previsionales al ser precisamente estas sumas un porcentaje que no financia la pensión de vejez ni en el RPM ni tampoco en el RAIS.

En lo que respecta a los emolumentos indexados, expresa que con los respectivos rendimientos financieros que Porvenir género durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a este fondo ya se estaría cubriendo plenamente cualquier tipo de suma adicional que deba reconocer dicho fondo privado, citando al efecto decisiones de otros Tribunales, solicitando se aplique la figura de la compensación pues como con los rendimientos financieros ya Porvenir estaría cubriendo cualquier suma adicional que deba ser reconocida. (*Audio archivo 23 expediente digital, récord: 55:14*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **APODERADA PORVENIR:** Muchas gracias su señoría, por parte de Porvenir S.A de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por este despacho y en ese sentido solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral revocar la misma en su integridad, a fin de que sirvan absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron contra ella impuestas, ello de conformidad con las siguientes consideraciones:

En primer lugar Honorables Magistrados, sea preciso señalar que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que está alta corporación ha indicado que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos donde las partes soliciten la ineficacia de la afiliación por incumplimiento de ese deber de información que recae en cabeza de los fondos privados, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues para mi representada no se da en el asunto que nos ocupa, toda vez que ese traslado de régimen pensional efectuado por la aquí demandante se dio de manera voluntaria, libre, consciente y además informada, en ese sentido se entiende que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR atendió, cumplió con todos aquellos presupuestos legales que se encontraban vigentes para el año de 1999, así pues en ningún momento le vulnero los derechos que le asisten a la parte actora, mucho menos su derecho a la libre elección en los términos señalados por el artículo 13 de la ley 100 del 93, por el contrario la demandante de manera libre y voluntaria fue que decidió optar por vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad precisamente con posterioridad a una charla grupal o una asesoría grupal que brindaron los promotores comerciales de mi representada.

Por otro lado, pues no puede entenderse que la firma del formulario de afiliación suscrito por la aquí demandante con este fondo que represento no denote de manera irrefutable el conocimiento que está tenía sobre los beneficios, condiciones, características y funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad o además que este documento no acredite la existencia de una voluntad libre y consciente de la persona para afiliarse al fondo de pensiones o a un fondo privado perdón, pues de conformidad precisamente con estas normas legales que se encontraban vigentes para la fecha en que la demandante realizó su traslado de régimen pensional se tiene que por expresa disposición legal era a través de dichos formularios y además de las leyendas que se encuentran allí señaladas que se cumplía verdaderamente con los deberes de información expuestos por parte del mismo legislador para esa época.

Por otro lado, pues se advierte que el hecho de que esta entidad administradora que representó tuviera algunas responsabilidades profesionales, no es una excusa para que la aquí demandante por su cuenta pues no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría ese traslado de régimen pensional pues aún el hecho de ser afiliado lego no le exime a este de actuar como mínimo con mediana dedicación en un asunto que es tan importante como lo es su propio futuro pensional, así pues resulta claro que no puede descargarse totalmente ese deber de informar en la administradora de pensiones, pues en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre el afiliado quien es conocedor de su propia situación particular y concreta, así como de sus expectativas laborales y pensionales que en últimas serán lo que le permitirán poder acceder a un mejor derecho pensional, situación pues que en su momento escapaba al conocimiento de los promotores comerciales de la AFP Horizonte.

A su turno, COLPENSIONES expresa que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, dado que no acredita que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado,

---

Por otro lado, pues en lo que respecta a la condena impuesta a Porvenir de tener que trasladar los respectivos gastos de administración por el periodo en que la afiliada estuvo vinculada a este fondo privado, Porvenir deberá apartarse respetuosamente de la misma pues resulta inequitativo ya que lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su correcta actividad administradora durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta AFP y cuya diligencia fue precisamente el origen de los respectivos rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo, así pues tampoco puede pasarse por alto que aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen pensional se tiene que incluso en el régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, también un porcentaje de los aportes pensionales efectuados por los afiliados se destina a cubrir gastos de administración y seguro previsional tal y como lo dispone el mismo artículo 20 de la Ley 100 del 93, es decir este porcentaje en ninguno de los regímenes pensionales está llamado a financiar la pensión de vejez de los afiliados, por lo que no se debería entonces desconocer la gestión que rezó Porvenir durante la afiliación de la aquí demandante a este fondo privado, pues precisamente con esta orden se está generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, en la medida en que dicha entidad recibe sumas adicionales que además no descontó de los aportes pensionales de un afiliado por periodos que tampoco administró, lo cual pues a su vez también se traduce en un perjuicio que se causaría a mi poderdante, pues téngase en cuenta que con esta orden impartida por el juzgador de instancia se señala pues que los gastos de administración, seguros previsionales deberán trasladarse incluso con su propio patrimonio.

Por otro lado, en lo que corresponde el porcentaje de los aportes que fueron destinados a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia, deberá tenerse en cuenta que esos dineros ya también fueron trasladados a las respectivas aseguradoras que fueron contratadas por parte de mi representada y con los cuales la demandante tuvo una cobertura durante toda su afiliación frente a los eventuales riesgos de invalidez y muerte, es decir que estas sumas ya también cumplieron con la finalidad establecida en la misma ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

En línea con lo señalado anteriormente debe indicarse que la devolución de las sumas anteriormente reseñadas es decir gastos de administración de seguros previsionales resulta improcedente de conformidad con lo establecido por el artículo 7° del Decreto 3995 del año 2008 que establece pues de manera taxativa aquellos valores o recursos que deban trasladarse entre regímenes pensionales, lo que incluye pues desde luego aquellas restituciones que deban hacerse en caso de que se llegue a declarar la ineficacia al traslado, sin embargo dicha disposición de manera alguna señala que deben restituirse los gastos de administración o seguros previsionales al ser precisamente estas sumas un porcentaje que no financia la pensión de vejez ni en el RPM ni tampoco en el RAIS y que precisamente ese 3% de los aportes realizados por los afiliados al sistema se descuentan en virtud de una orden legal que se le imponen tanto Colpensiones, como a los distintos fondos privados que administran el RAIS, consideramos entonces Honorables Magistrados que existiendo ya una norma que regula la situación, no se ve una razón atendible para apartarse de la misma y de incluir conceptos que esta no contiene y que pues por razones lógicas no podrían llegar a trasladarse.

Finalmente, pues en caso de que se haya de confirmar la presente decisión en el sentido de declarar la ineficacia de traslado efectuado por la aquí demandante al RAIS, también se solicita a los Honorables Magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores que fueron objeto de la condena impuesta a mi representada, pues no debe perderse de vista que con los respectivos rendimientos financieros que Porvenir generó durante ese año en que la demandante estuvo afiliada a este fondo que represento ya se estaría cubriendo plenamente cualquier tipo de suma adicional que deba reconocer este fondo privado, ello es así pues como ya bien lo ha venido señalando tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, así como también incluso el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, ambos en sala laboral, concretamente esta última corporación en sentencia 018 2019 473 se ha venido determinando de que no es viable ordenar a los fondos privados a tener que trasladar sumas algunas de manera indexada, pues precisamente con los rendimientos financieros que ya se generaron y en este punto se aclara que superan con creces incluso los aportes pensionales que la aquí demandante ha generado o ha hecho, con esos rendimientos financieros ya se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, así pues para evitar un doble cobro por el mismo concepto se solicita a los honorables magistrados aplicar la figura a la compensación, pues como ya se indicó con los rendimientos financieros ya Porvenir estaría cubriendo cualquier suma adicional que deba ser reconocida por este fondo en caso pues de confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado efectuado por la actora, en los anteriores términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 20 años, por lo que en su sentir debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado (*Audio archivo 23 expediente digital, récord: 1:02:37*)<sup>2</sup>

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Páginas 99 y 100, archivo 5 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 100 y 101, ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS, en consecuencia se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaro la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a partir del 1° de junio de 1999, condenando tanto a PORVENIR como a COLFONDOS, transferir a Colpensiones los gastos, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexado al momento de su pago. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial**

---

<sup>2</sup> **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación teniendo en cuenta que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales.

Asimismo, no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia de traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 20 años, resultando así el asumir las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día en que realizó su traslado, así las cosas solicito respetuosamente a la Honorable Sala del Tribunal Laboral revoque la presente sentencia de conformidad con lo expresado, en estos términos dejó sustentado mi recurso su señoría, gracias.

vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logro acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía a la AFP PORVENIR 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>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 27 de octubre de 1964 (*Página 50, Archivo 10 expediente digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de noviembre de 2021 (*Páginas 10 y 11 Archivo 7 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 473.44 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 9 años, 2 meses y 14 días (*Página 63, archivo 11 expediente digital Historia Laboral aportada por Colpensiones*<sup>4</sup>), por lo que no se encontraba en la excepción prevista

---

<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”.



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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

---

<sup>5</sup> Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

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

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

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

Frente a este aspecto, 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 esta litis 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011<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 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 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*

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

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

(...)

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

(...).

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

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

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

---

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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>7</sup>, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la oficina en la cual trabajaba, llegó el asesor de HORIZONTE hoy PORVENIR, señalando si bien se realizó una charla grupal tan solo se le indicó que el ISS se iba acabar, y que le era más beneficioso firmar el formulario, por lo que accedió a ello.

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.

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.

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.**

---

<sup>7</sup>Audiencia 1° de diciembre de 2022, récord 9:13

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

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

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

*...*

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, 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 (9 de abril de 1999, efectivo el 1º de junio de ese año), el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo (20 años), a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a



la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, 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 COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*ver rta hecho 3 contestación Colfondos Archivo 9 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado, como también la orden que se impartió en dicho sentido respecto de PORVENIR, de tal manera se confirmara la decisión de primer grado en este aspecto.

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».*

Lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a 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.

En ese orden de ideas, se adicionará la decisión de primer grado 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.

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de 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 adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, 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 relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos últimos 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 (...)».*

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues 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 lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup>, (páginas 32 a 34, archivo 11 expediente digital), entidad esta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas,

---

<sup>8</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de octubre del 2022, archivo 17 expediente digital

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,

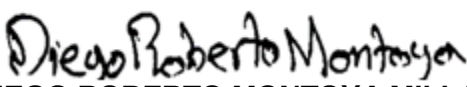
### RESUELVE

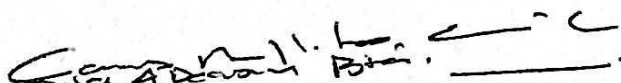
**PRIMERO: ADICIONAR** el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes 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.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

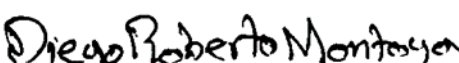
**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARIQUILIANO  
BERMUDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
– COLPENSIONES y PORVENIR S.A., (RAD. 39 2022 00049 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL&NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal.

Reconocer personería adjetiva al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por VALENTINA GOMEZ TRUJILLO en su calidad de profesional adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio con 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 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 6 de diciembre de 2022 (*Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital Récord: 31:34*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el señor ARQUILIANO BERMUDEZ, que el traslado perdón que hizo el señor ARQUILIANO BERMUDEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 1° de septiembre del 97 es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que jamás se separó del régimen de prima media.

**SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales de haberse redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos desde gastos en adelante debidamente indexados al momento del pago.

**TERCER: ORDENAR** a COLPENSIONES a que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media sin solución de continuidad.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

**QUINTO: INFORMARLE** a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que puedan causar al recibir al señor ARQUILIANO BERMUDEZ al régimen de prima media.

**SEXTO: CONDENAR** a PORVENIR al pago de las costas dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.

**SEPTIMO: CONSULTESE** la presente decisión con el superior por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES.”

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia también esta misma corporación en varios pronunciamientos ha indicado que no se puede aplicar de una manera homogénea a todos los procesos donde solicitan bien la nulidad o la ineficacia afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, precisando el

demandante se trasladó de régimen pensional de una manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el año 1997 en la cual no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda, aunado a lo anterior indica el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por su representada de igual manera manifiesta todo consumidor financiero debe actuar con diligencia la cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando.

Reitera, no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a establecer la ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen personal pues antes de tomar la decisión de recibir una información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen, suscribió el formulario de solicitud de vinculación el cual cumplía con los requisitos del aquel entonces y manifestó expresamente que es fue forma libre y voluntaria.

Frente a la devolución de los gastos de administración refiere tales montos tienen por mandato legal una destinación específica, por lo 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 la AFP pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual de el demandante, por lo que en su sentir la devolución de estos gastos resulta improcedente como también los rendimientos pues al declararse la ineficacia es claro que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se hubieren generado en la reserva del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y no los que se han generado con Porvenir.

En lo que respecta a los emolumentos indexados, expresa debe tenerse en cuenta que se esta incurriendo en una doble condena a Porvenir, con el reintegro de los rendimientos, por lo que si se deben regresar estos últimos valores que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega de los mismos indexados.

Finalmente, en cuanto a la condena por agencias en derechos asegura que como quiera que el traslado reviste de completa validez y en efecto Porvenir siempre ha actuado de manera diligente a través de la logística de buena fe a su deber de



información, debe ser revocada (*Audio archivo 14 expediente digital, récord: 32:48*)<sup>1</sup>

A su turno, COLPENSIONES expresa que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, dado que no acredito que hubiese existido algún tipo

---

<sup>1</sup>**APODERADO PORVENIR:** Gracias su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria ineficacia incluyendo a todas las condenas que fue acreedora Porvenir, conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe advertirse que si bien existe un precedente jurisprudencial formado y planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también esta misma alta corporación ha indicado que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se están solicitando la ineficacia o nulidad de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para Porvenir no se da en el presente asunto, pues la accionante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de una manera voluntaria, sin presiones e informada, todo esto en conformidad con la normativa vigente para el año 97 la cual debe advertirse y aclararse no exigen información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

De igual manera, como todo consumidor financiero la accionante debía actuar con debida diligencia, la cual suponía por lo menos claro está obtener una información suficiente y sobre el acto jurídico que está adoptando, y con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esta decisión están determinadas en normas legales de común conocimiento, por lo que debe advertirse que el actuar de Porvenir aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de materializarse el acto de traslado.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, no existen razones fácticas ni jurídicas que permitan establecer la declaratoria de ineficacia, se recuerda que antes de adoptar la decisión recibió una información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, suscribió el formulario de su vinculación y haciéndolo de una libre y voluntaria tal y como quedo en su interrogatorio de parte e inclusive en el formulario de su vinculación que en ningún momento fue tachado de falsedad por la parte actora.

Ahora bien, frente a la condena de la devolución de los rendimientos, debe señalarse que si es declarado ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se hubieren generado en la reserva del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y no los que se han generado con Porvenir, pues no tiene sentido que si el traslado al régimen de ahorro individual no surtió efecto legal, se obligue a trasladar los rendimientos de este régimen.

Asimismo, bajo este panorama no es procedente tampoco que la administradora deba restituir los rendimientos y gastos de administración, y sumas por seguros previsionales, como quiera que estas sumas últimas hacen parte de una deducción que así lo prevé la Ley 100 del año 93, de tal suerte que en estos más de 20 años que estuvo afiliado, el señor demandante siempre tuvo una plena cobertura frente a cualquier riesgo de invalidez o muerte que se pudieran suscitar y presentar en su vida laboral, por lo que Honorables Magistrados Porvenir ya no cuenta con ninguna suma referente a estas condenas.

Ahora bien, en lo que respecta a los emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se está incurriendo en una doble condena a Porvenir, en efecto también el fallo condenatorio esta obligando al reintegro de los rendimientos, de tal manera si se deben regresar estos últimos valores que son dineros actuales, no se pueden entonces generar una entrega de estos también indexada ya que estos generarían una actualización de la moneda corriente como lo ha consagrado el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca en la sentencia 2020 - 00111 del tribunal en referencia.

Finalmente, lo que corresponde a las costas y agencias de derecho, debe desestimarse también dicha condena como quiera que el traslado reviste de completa validez y en efecto Porvenir siempre actuado de manera diligente a través de la logística de buena fe a su deber de información.

Es por todo lo anterior su señoría que solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde nuevamente a la declaratoria de ineficacia y frente a todas y cada una de las condenas que fue acreedora Porvenir en el fallo de primera instancia, en estos términos dejo presente mi recurso de apelación, muchas gracias.

de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 23 años, por lo que en su sentir debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado (*Audio archivo 14 expediente digital, récord: 36:49*)<sup>2</sup>

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 a 2, archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 5, ibidem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación realizada a Porvenir, en consecuencia se condene a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual como aportes obligatorios, voluntarios, bono pensional, comisiones de administración y rendimientos a que hubiere lugar, se indexen dichos valores teniendo en cuenta la devaluación de la moneda y los elementos que afectan la economía del país, pago de perjuicios morales y materiales sufridos por las actuaciones y omisiones del fondo privado, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaro la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a partir del 1° de septiembre de 1997, condenando a PORVENIR, como actual**

---

<sup>2</sup> **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales.

Así mismo, no se acreditó que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 23 años, resultando así en asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado, así las cosas solicito respetuosamente a la Honorable Sala del Tribunal Laboral que revoque la presente sentencia de conformidad con lo expresado, en estos términos dejo sustentado mi recurso su señoría, muchas gracias

administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos, comisiones por administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logro acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía a la AFP 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>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 31 de marzo de 1961 (*Página 22, Archivo 1 expediente digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de enero del 2022 (*Páginas 23 a 25 ibidem*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 647,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 12 años y 7 meses (*Página 58, archivo 7 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo afirma Colpensiones en su apelación.

---

<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”.

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 **17 de julio de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de ese año** (páginas 34 y 53, archivo 7 expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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>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

---

<sup>4</sup> Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ 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 aspecto, 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 esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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 dla demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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.

**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 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>6</sup>, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la oficina en la cual trabajaba, llegó el asesor PORVENIR, señalando si bien se realizó una charla grupal tan solo se le indico que el ISS se iba acabar, que se podían pensionar a los 50 años sin la exigencia del requisito de semanas y que los rendimientos en dicho fondo serian supremamente buenos.

---

<sup>6</sup>Audiencia 6 de diciembre de 2022, récord 7:05

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.

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.

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

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

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

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

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

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

instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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 (17 de julio de 1997, efectivo el 1° de septiembre de ese año), el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigor 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 afiliado el actor (*ver certificación pagina 35 archivo 7 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de 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 confirmara la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, 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 relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los rendimientos y gastos de administración, resulta que estos últimos 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 rendimientos. 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, 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 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>7</sup>, (páginas 57 y 58, archivo 6 expediente digital), entidad esta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por 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 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 °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo

---

<sup>7</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de octubre del 2022, archivo 10 expediente digital

365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenara 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 confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta 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 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,

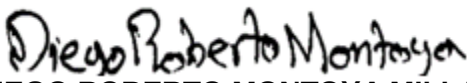
## **R E S U E L V E**

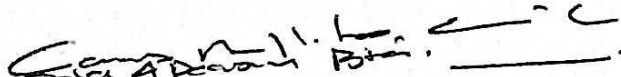
**PRIMERO: ADICIONAR** el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información 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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

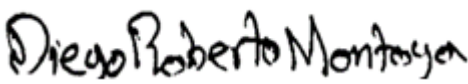
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONEL ARANGO  
VALENCIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 02 2019 00875 01)**

**AUTO**

La apoderada de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** sustituye el poder conferido, siendo procedente **RECONOCER PERSONERIA** adjetiva a la Abogada **KAREN LIZETH PEÑUELA MARTIN**, quien se identifica con C.C. No. 1.012.386.438 de Bogotá y T.P. No. 262.254 del C. S. de la J., mandato puesto en conocimiento mediante correo electrónico de fecha 20 de enero de 2023 (*archivo, carpeta segunda instancia, Correo Colpensiones.pdf y Sustitución.pdf*).

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren el 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 Segunda Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de noviembre del 2022

(Audiencia virtual, archivo 16AudienciaArt77y80Fallo, expediente digital récord:1:09:25), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor LEONEL ARANGO VALENCIA identificado con cédula de ciudadanía N°7.528.417 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A el 21 de febrero de 2005 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor LEONEL ARANGO VALENCIA identificado con cédula de ciudadanía N°7.528.417, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora y demás emolumentos que se hubiesen causado sin lugar a descuento alguno.

**TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aceptar tales valores y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al ISS hoy COLPENSIONES el 1° de septiembre de 1982, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistema de información de historia laboral.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a \$300.000 a cargo de estas.

**SEXTO:** Si no fuera apelada la presente decisión, consúltese con el superior”.

Inconforme con la sentencia COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiendo sobre la carga de la prueba, el artículo 167 C.G.P prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas consagran, citando al efecto, la sentencia con ponencia del Magistrado Manuel Andrés Vargas, proceso No. 19 2015 0915, por medio de la cual manifestó: *“los vicios de fuerza error y dolo deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no se actuó con dolo”*, esto, amparándose en lo normado en el artículo 167 ibidem. Adujo, las partes tienen la obligación de probar el supuesto fáctico en que funda sus alegaciones amparándose en la sentencia con radicado No. 07 2015 0822 del 25 de octubre de 2007 del Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Magistrado Manuel Serrano Baquero, por medio de la cual manifestó sobre los vicios de consentimiento: *“no se aportaron las pruebas pertinentes suficientes porque tenía*

*la carga procesal la parte demandante al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.”.*

Añadió frente a los argumentos expuestos por el a quo, las consecuencias del traslado de régimen las definió la Ley 100 por ello, cualquier error interpretativo de la norma constituye un error de derecho que no tiene alcance previsto en el artículo 1509 del Código Civil, sumado a esto, argumentó, compete al demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello la simple afirmación, resultando desproporcional imponer la carga de la prueba a las AFP.

De esta forma sostuvo, Colpensiones es la más afectada en lo atinente al sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 2005, transcurriendo más de 15 años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para lo cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, siendo completamente aplicable en estos casos el principio que reza nadie está obligado a lo imposible. Puntualmente dijo, el actor afirma haber sido engañado por los asesores de la AFP, no obstante, le correspondía probar la carga de dicha información, resaltando que se le brindó una re-asesoría por parte de la AFP Protección, al habersele informado que no le era favorable en el año 2005 continuar con la afiliación y que debería retornar a Colpensiones, concluyendo que el demandante quería seguir en el régimen privado.

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 5 y 6, archivo 01 Expediente Escaneado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 6 a 8 ibidem), aspirando de manera principal se declare, fue inducida al error por parte de PROTECCIÓN S.A., al no ser informado suficiente, veraz e idóneamente sobre los regímenes pensionales y de las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones de conformidad al artículo 4 del Decreto 656 de 1994 y otros,**

PROTECCIÓN S.A. omitió sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a su calidad de entidades previsionales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 663 de 1993, artículo 97 y 98, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, con los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y la Ley 1748 de 2014, así como la obligaciones impuestas en las Circulares 30 y 37 de 1994 y Circular 001 de 2004 expedidas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), Protección omitió suministrar la información mínima necesaria que se debe dar en las diferentes etapas de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual y en el proceso de afiliación, en la etapa precontractual así como omitió informar condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, que eran necesarias para la formación del libre convencimiento en la decisión de afiliación al Régimen de pensiones, se decreta la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, efectuada con la AFP PROTECCIÓN, siendo viable que COLPENSIONES verifique y reciba a satisfacción la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que PROTECCIÓN deduzca costos administrativos o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN a trasladar los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual, Bono pensional e intereses a la COLPENSIONES, ordenando a esta última entidad a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que PROTECCIÓN deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno, a los aportes objeto de devolución, ordenando a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores y a actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas junto con el pago de costas y agenciasen derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por el señor LEONEL ARANGO VALENCIA a PROTECCIÓN S.A. el 21 de febrero de 2005, condenando a PROTECCIÓN S.A. devolver dentro de los 45 días siguientes a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora y demás emolumentos que se hubiesen causado sin lugar a descuento alguno, ordenando a COLPENSIONES aceptar tales valores y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al ISS hoy COLPENSIONES el 1° de septiembre de 1982, situación que deberá incluir en sus

bases de datos y sistema de información de historia laboral. 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 con el demandante, al momento del traslado, ni se le explicó las consecuencias de su traslado al 2005.

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>1</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 26 de octubre de 1958 (*Página 19, Archivo 01Expediente Escaneado*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PROTECCIÓN el 18 de noviembre del 2019 (páginas 20 a 22, *Archivo 01Expediente Escaneado*) y ante COLPENSIONES el 18 de noviembre de 2019 (páginas 23 a 24, *Archivo 01Expediente Escaneado*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 541,29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 10, 82 años, (*Páginas 70 a 78, archivo 07 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional, Contestación Protección*) y tenía 35 años de edad cumplidos, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002,

---

<sup>1</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”.



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 **21 de febrero de 2005** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 2005** (Página 42 y 80, archivo 07 expediente Contestación Protección.pdf) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc<sup>2</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*

---

<sup>2</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

*fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PROTECCIÓN 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>3</sup>, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

<sup>3</sup> “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

*No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN –*

---

*PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política*

---

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

---

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.



régimen pensional. Sumado a esto, debe decirse que no es válido que Colpensiones argumente que se le brindó una re-asesoría al actor ya que la misma lo fue para la época 16 de julio de 2010, sin que se pueda concluir del formulario que se le brindó una información completa, certera y veraz como se ha expuesto en precedencia (página 68, archivo 07ContestaciónProtección.pdf del expediente digital).

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante<sup>4</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 2005, llegó a las oficinas los asesores del Fondo Protección S.A., quienes le sugirieron el traslado a esa administradora argumentando que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que debían salvar guardar la pensión, generando temor e incertidumbre, empero, no se le informó de las características, ventajas y desventajas del RAIS al momento de hacer efectivo el traslado.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a

---

<sup>4</sup> **Interrogatorio demandante en audiencia del 23 de noviembre de 2022, (récord 12:43 a 28:54):** “La circunstancia es que nosotros nos inculcaron un temor intenso que Colpensiones en algún momento se terminaba y nos íbamos a quedar sin pensión, por lo que se luchó y trabajo todo el tiempo, ante esa circunstancia llegaron unas personas asesores del Fondo, esa fue la causa del traslado; como le dije, a la oficina del Banco fueron unos funcionarios de Protección y ya estaba el temor que Colpensiones se iba acabar y nos dijeron que con Protección teníamos esa tranquilidad de la pensión que no se iba a perder, por eso uno opta por lo que más convenga; la única asesoría que me dijeron fue que Colpensiones se acababa y que una alternativa era un Fondo de Pensiones, eso era mi esfuerzo de tantos años; dentro de la asesoría nos manifestaron en una especie de curva que la mesada podría ser mucho mejor. Inclusive que la que se podría tener con Colpensiones pero no me explicaron las notificaciones so cosas que afectan el cumplimiento o valor de la mesada, ahí es donde uno dice por qué no me asesoré y cometí ese error, eso fue lo que tuve en cuenta y hable con varios compañeros y nos dimos cuenta de la falta de información y por eso llegue a estas instancias; habían unos rendimientos pero nunca me fueron claros cuantos podría ser el mismo, o cuanto podría afectar el beneficio de mi mesada pensional; al 2005 al momento del traslado no me explicaron si tendría rendimientos; solo se presentó Protección en esa época; yo firmé y nadie me obligo pero si me sentí coaccionado por el temor que se acabara Colpensiones y que me quedara sin pensión, eso lo puedo decir; no recuerdo la re asesoría; el expediente, la demanda que se dio a conocer en este momento, si tengo conocimiento de lo que se va hacer; el formulario de re asesoría es mi firma pero que yo recuerde que dijeron, no, no sé sinceramente en qué consistió porque estábamos con el problema de Colpensiones, esa es mi firma; no recuerdo si me dijeron que no me convenia quedarme en Colpensiones; en ese momento no me recuerdo el contenido de esos documentos, no es que firme sin leer solo que el contexto no lo conozco; no he recibido re asesorías del Fondo privado; me quiero regresar a Colpensiones porque por la circunstancia de que uno busca un mejor nivel de vida y ese nivel lo da una pensión honorable que es por lo que uno ha luchado y se ha sacrificado mucho tiempo, yo verifique el error que había cometido y por eso opté por recurrir a las vías legales por medio de esta demanda; yo no intente regresar a Colpensiones porque no estaba cerca de mi pensión y cuando ya casi estaba cerca averigüé y me salió que la mesada con Protección era un abismo y no es justo”.

**A instancia de Colpensiones (Récord 28:55 a 31:02):** “En el 2005 no me informaron si la pensión sería heredable, no recuerdo; indagué que era mejor pensionarse con Colpensiones, es mucho mejor la mesada de Colpensiones, la gente se pensiona mejor por Colpensiones; el motivo de la demanda es por el valor de la mesada pensional”.

PROTECCIÓN S.A. (Página 42, Archivo 07 Contestación Protección.pdf), 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 PROTECCIÓN S.A. (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 S.A. proporcionará 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 y una re asesoría, brindada en la anualidad 2010 porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

*...*

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2005, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, PROTECCIÓN S.A. 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 S.A., omitió en el momento del traslado de régimen **(21 de febrero de 2005, efectivo el 1º 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.

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 PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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, PROTECCIÓN S.A también debe devolver a COLPENSIONES 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>, 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>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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>7</sup> (Páginas 29 y 30, archivo 08 Contestación Colpensiones.pdf, expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo,

---

<sup>7</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 16 de julio del 2021, archivo 1 expediente digital página 441.

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 adicionarán 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 **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esta 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.

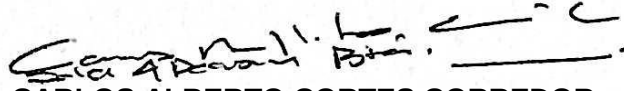
**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ORLANDO DIAZ  
GARZÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (RAD. 04 2021 00347 01).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º 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 grado  
jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida  
por el Juez 4º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1º de diciembre de 2022  
(Exp. Digital: audio archivo 22 Grabación Audiencia, Récord: 27:31), en la que se  
resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de **ORLANDO DÍAZ GARZÓN** a la **AFP COLFONDOS**, celebrada en noviembre de 1994, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **AFP COLFONDOS** a devolver a **COLPENSIONES** las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique.

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

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada **COLFONDOS**, fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

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

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 Colpensiones, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (**Página 5 del archivo “01DemandayAnexos”, expediente digital**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 3 a 5, ibidem**), aspirando de manera principal se declare, la A.F.P COLFONDOS, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el señor ORLANDO DÍAZ GARZÓN a la A.F.P COLFONDOS, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado, declarando que el señor ORLANDO DÍAZ GARZÓN nunca se trasladó encontrándose válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES. En consecuencia, condenar a COLFONDOS a registrar en su sistema de información la afiliación, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún

descuento, activar la afiliación en pensión de ORLANDO DÍAZ GARZÓN, a recibir la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, facultades *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante en noviembre de 1994 al RAIS, en consecuencia, ordenó a Colfondos a devolver a **COLPENSIONES** las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique, así mismo, ordenó a COLPENSIONES que una vez se efectuó el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. 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 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>1</sup>.

---

<sup>1</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

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 31 de diciembre de 1961 (*Página 85, Archivo “01DemandayAnexos” expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría en el año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colfondos el 23 de marzo de 2021 (*Páginas 107 y 108, Archivo “01DemandayAnexos” expediente digital*) y, ante Colpensiones el 25 de marzo de 2021 (*Páginas 110 a 111, Archivo “01DemandayAnexos” expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, 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- (*vinculado al Fondo Financiero de Proyectos e Desarrollo Fonade<sup>2</sup> en el cargo de Profesional Especializado conforme al formulario de afiliación a Colfondos (pág. 117 Archivo “01DemandayAnexos.pdf” y página 107, archivo “12ContestaColfondos.pdf)* por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 227 semanas (pág. 87 a 89 Archivo “01DemandayAnexos.pdf”,

---

*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> **Concepto Sala de Consulta C.E. 2299 de 2 2017 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.**, “*Sobre la naturaleza jurídica del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, el Consejo de Estado ha afirmado en su jurisprudencia que:*

*“ ... Fonade, institución que nació como establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto No. 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, adscrito al Departamento Nacional de Planeación.*

*Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio, el Presidente de la República reestructuró la entidad, mediante el Decreto 2168 de 1992, pasando a ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación, así que le asignó carácter financiero. Igualmente, estableció como objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.*

*Posteriormente, en el 2004, mediante el Decreto No. 288, se modificó su estructura, pero se conservó la naturaleza jurídica asignada en la anterior norma, y se añadió a la lista de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. En estos términos, actualmente FONADE es una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera. Hecha esta precisión, hay que indagar si esta jurisdicción conoce el litigio planteado o se debe remitir a la justicia ordinaria.”. (Subraya la Sala)..*

conforme certificado electrónico de tiempos laborados CETIL)<sup>3</sup>, 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.

Advirtiendo la Sala, si bien, de acuerdo a la documental que obra en el proceso, el accionante efectuó cotizaciones a CAJANAL entre el 20 de febrero de 1990 al 19 de noviembre de 1990 (*certificado CETIL, página 87 a 89, expedido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, archivo 01DemandayAnexos.pdf*) y efectuó el traslado a la AFP COLFONDOS el día 21 de noviembre de 1994, iniciando cotizaciones en ese régimen para el mes de marzo de 1995 (*Ver Historia Laboral página 100, archivo 01Demanda y Anexos*), sin que se aprecien aportes en dicho interregno -20 de noviembre de 1990 al 21 de noviembre de 1994-, debe decirse, no tiene relevancia el hecho de que el actor hubiese dejado de efectuar cotizaciones al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, dicho de otro modo, que se encontrara inactivo, por cuanto no puede perderse de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, precisándose en este particular caso, el actor ya venía con una afiliación previa a CAJANAL.

En este orden de ideas, se tiene que 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 **21 de noviembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre de 1994** (*página 92, archivo “12ContestaColfondos.pdf*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y reporte de estado de cuenta de afiliado expedida por la misma.

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

---

<sup>3</sup> **Contestación de Colfondos**, aporta *Historia Laboral* a páginas 95 a 106, no se evidencian aportes efectuados antes de 1994. Solo en certificado CETIL se registra que laboró entre el 20 de febrero de 1990 al 19 de noviembre de 1990.

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

**«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*

---

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



*privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado COLFONDOS.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“(…).*

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

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

*“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios*

*inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

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

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

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

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

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

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

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

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre,*

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*

---

*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.*

*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>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1994 llegó la asesora de Colfondos e hizo una reunión y explicó que CAJANAL y el extinto ISS se iban acabar y que Colfondos era una buena opción, razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

---

<sup>6</sup> ***Interrogatorio del demandante, audiencia del 1º de diciembre de 2022 - Récord 08:10 al 13:35, “Yo trabajé en el Ministerio de Hacienda antes en el 90, y luego entré a FONADE en el 1991 y luego llegó la asesora de Colfondos hizo una reunión y explicó que CAJANAL e ISS se iba acabar y que Colfondos era una buena opción que nos podíamos trasladar, eso fue el 11 de noviembre de 1994, fue una reunión muy simple, nos dieron un formulario y con el susto que se iba acabar CAJANAL, nos animamos, estábamos varios compañeros de la empresa; en ese momento no me explicaron el detalle de la cuenta de ahorro; no hablaron de montos ni nada; no me dijeron que se debía cotizar sobre ese capital; esa parte fue general lo que dijeron, básicamente fue que se iba acabar CAJANAL y todo iba a desaparecer, que todos los regímenes iban a ser privados siendo como una obligatoriedad, no hicieron proyección al respecto, no hablaron de devoluciones de dinero; yo estaba perfectamente al momento de firmar el formulario, yo sigo trabajando actualmente, no estoy pensionado, soy activo”.***

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

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 (pág. 117 Archivo “01DemandayAnexos.pdf” y página 107, archivo “12ContestaColfondos.pdf”), 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 COLFONDOS proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de



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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(21 de noviembre de 1994, efectivo el 1º de diciembre de la misma anualidad)**, 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 cuanto al hecho de que el demandante antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación Colfondos (pág. 117 Archivo “01DemandayAnexos.pdf” y página 107, archivo “12ContestaColfondos.pdf”) baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión

Social, continuó después de la vigencia del Sistema General de Pensiones (artículo 151 - Ley 100 de 1993), vinculado 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 del 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 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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos

---

<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 (…)”*.

rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el a quo en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 indexación ordenada, es menester 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 No. 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).*

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta<sup>[3]</sup> (Archivo “09ContestaColpensiones” expediente digital, página 17 a 18) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

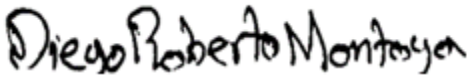
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

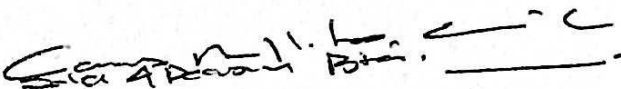
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

<sup>[1]</sup> Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

<sup>[2]</sup> Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

<sup>[3]</sup> Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de junio de 2022, Archivo 15 TieneporContestadaAceptaRenuncia.expediente digital.

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCO FIDEL TORRES ROMERO CONTRA BAKER HUGHES DE COLOMBIA (RAD. 06 2017 00257 02).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

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

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la sociedad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez 6º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre del 2022 (Archivo 23 expediente digital, récord: 17:08), en la que se resolvió:

**“CONDENAR** a la sociedad demandada. BAKER HUGHES DE COLOMBIA a transferir a PORVENIR el valor actualizado, cálculo actuarial, bono pensional tipo a de los aportes para pensión que liquide la entidad de Seguridad Social “a transitada” (sic) correspondiente al periodo comprendido entre el día 14 de julio de 1980 y el día 16 de diciembre de 1987. De conformidad con el salario último percibido por el demandante.

La excepción de prescripción se **DECLARA NO PROBADA** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**COSTAS** a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de 3 millones de pesos por concepto de Agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada refiere que su inconformidad radica en que se impuso la condena sin tener en cuenta que la sociedad esta haciendo todos los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para hacer efectivo el pago de esos aportes



pensionales los cuales se deben realizar a través de la página CETIL, señalando se debe tener en cuenta que la accionada reconoce que el actor tiene derecho a sus aportes y por ello se encuentra realizando el trámite para el pago de los mismos, solicitando por lo anterior revocar y en su lugar absolver de las pretensiones de la demanda, incluyendo la condena en costas. (Archivo 23, récord: 18:12<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 ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Archivo 1 expediente digital, páginas 5 y 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el mismo archivo páginas 4 y 5, solicitando se declare que con la demandada existió una relación laboral del 14 de julio de 1980 al 28 de mayo del 2015, mediante contrato a termino indefinido con un salario al momento de la terminación de \$8.012.000, como también se declare que entre el 14 de julio de**

---

<sup>1</sup> **APODERADA PARTE DEMANDADA:** Gracias señora juez en estado de diligencia, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acabó de proferir para que la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, resuelva en la siguiente solicitud de afiliación, absolviendo a mi representado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como se indicó en la sentencia efectivamente, el señor Marcos Fidel Torres, como se indicó en la contestación de la demanda, tiene derecho al reconocimiento y pago de los periodos laborados entre el 14 de julio de 1980 hasta el 16 de diciembre de 1987. En todo momento, mi representada ha sido clara y enfática en indicar que, efectivamente, él tiene derecho a reconocimiento y pago de dichos aportes, que se debe hacer a través de la página de CETIL que están y que ha hecho las gestiones pertinentes ante dicha entidad para el cumplimiento o el reconocimiento de esos aportes del señor Marco Fidel Torres y pues que, en ningún momento, digamos, era desconocido, el precedente judicial, ni la norma jurídica, porque, efectivamente, el señor Marco Fidel Torres, es un beneficiario de dichos aportes, al haber tenido un contrato vigente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, efectivamente, mi representada está haciendo los trámites pertinentes ante el aplicativo CETIL, dispuesto así, por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para hacer efectivo el pago de estos aportes pensionales, por ello, desconocemos lo indicado en la sentencia de instancia porque en ningún momento se ha dicho o se ha desconocido que, efectivamente, es el señor Demandante, tiene derecho a sus aportes, ni se ha desconocido que a pesar de no haber sido llamado a inscripción en su momento entre 1980 a 1987, las empresas del sector petrolero al Seguro Social, pues las situaciones fácticas en las que se encuentra el señor marco Fidel Torres permiten establecer que se encuentra dentro de lo establecido en el artículo 83 de la Ley 100 de 1993 y que, dado su afiliación a PORVENIR al momento de la entrada en vigencia de esta norma, pues lo que le corresponde efectivamente es un bono pensional tipo A en los términos del artículo 23 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 11 del Decreto 1113 del 98 el artículo 48 y el decreto (sic), dado que mi representada ha reconocido, efectivamente, que el demandante tiene derecho a sus aportes, que está haciendo los trámites para el pago de los mismos a través de las instancias y dependencias a las cuales la oficina de Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la oficina bonos pensionales de dicha entidad dispone para ello, pues solicitamos se nos absuelva, se revoque la sentencia que distancia nos absuelva de las pretensiones de la demanda, incluyendo la condena en costas de 3 millones de pesos. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias señor juez.

1980 y el 1° de octubre de 1994 no afilió al actor al sistema de seguridad social en pensiones como era su obligación, en consecuencia se condene a cancelar en su integridad los referidos aportes, como también las costas procesales y agencias en derecho. De manera subsidiaria solicita se condene a la demandada a pagar los aportes correspondientes con sus respectivas sanciones pecuniarias a que haya lugar por incumplimiento legal de haber omitido la afiliación al sistema del 14 de julio de 1980 al 1° de octubre de 1994. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto condenó a la demandada a cancelar a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante administrada por PORVENIR el cálculo actuarial correspondiente al periodo del 14 de julio de 1980 al 16 de diciembre de 1987, por el tiempo que el actor no estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, representado ello en un bono o título pensional de acuerdo a la liquidación que al efecto realice la AFP, lo anterior tras considerar que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS, pues los periodos reclamados por el actor fueron efectivamente prestados y no puede verse truncado su derecho pensional por la omisión en el pago de aportes, precisando si bien para dicha época el empleador no estaba llamado a inscripción por el ISS lo cierto es que debía realizar los provisionamientos correspondientes.

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 la 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 en la parte considerativa de la providencia apelada.

En ese orden, a efecto de resolver el presente asunto lo primero que ha de indicar esta Sala de decisión es que el tema de los trámites administrativos necesarios para el pago de los aportes pensionales, además de no constituir una razón para eximir de la condena impuesta en primera instancia tampoco se acredita la gestión anunciada por la recurrente, advirtiéndose aun cuando la accionada no desconoce el derecho a que tiene el actor frente al periodo de no afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, lo cierto es que la condena no derivó de lo expuesto por la demandada ni por los tramites que afirma se encuentra realizando, -lo cual como se anotó no acredita-, sino que tuvo su sustento en el hecho de que no puede verse frustrado el derecho pensional del trabajador al excluirse un

periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, dado que esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional, precisando al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (SL 9856 del 16 de julio de 2014 Radicación No. 41475<sup>2</sup>, reiterada en las sentencia SL4321 del 23 de noviembre del 2022,

---

<sup>2</sup> Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.

*No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.*

*Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.*

*Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.*

*En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.*

*La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que «la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfananamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.*

*Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social*

SL3823 del 26 de octubre del 2022, SL4921 del 27 de octubre del 2021 entre otras), ha señalado que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del

---

*obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”».*

*De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.*

*Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.*

*Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.*

*Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.*

*Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».*

*En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.*

*Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.*

*Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal”.*

derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo, aspecto que en este particular asunto está por fuera de discusión; por lo tanto el empleador debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada:

*“...si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho”*

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en la alzada, por cuanto pese a que no desconoce el deber que tenía frente al pago de los aportes del demandante, señalados por la Juez a quo para el periodo del 14 de julio de 1980 al 16 de diciembre de 1987 (*no objeto de reproche por la parte accionante quien en las pretensiones de la demanda señala que se adeudan hasta el 1º de octubre de 1994*), lo cierto es que no ha efectuado el pago del cálculo actuarial correspondiente conforme lo dispone el Decreto 1887 de 1994, como consecuencia de la NO afiliación de su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, sin que sea óbice para ello los presuntos tramites y/o gestiones que se encuentre realizando, iterando los mismos no se acreditan dentro del presente proceso.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la accionada, 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 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la sociedad BAKER HUGHES DE COLOMBIA, 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, y en cuanto a la discusión sobre el valor de este concepto, ello se debe hacer en la etapa procesal

correspondiente como lo señala el artículo 366 del C.G.P., no siendo éste el momento para pronunciarse sobre su eventual cuantía.

Conforme a lo anterior y en los términos que anteceden, se agota de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, confirmándose en su totalidad la sentencia de primer grado.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada.

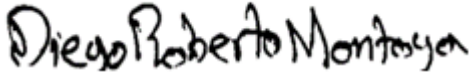
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

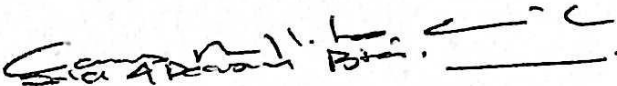
### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo proferido por la Juez 6° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a lo considerado.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de BAKER HUGHES DE COLOMBIA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

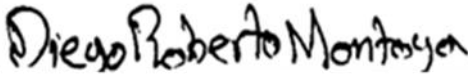
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABRICIANO APONTE CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP" (RAD. 06 2018 00487 01).**

**AUTO**

El apoderado de **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –UGPP–**, allegó memorial por medio del cual renuncia al poder conferido por la entidad (*archivo segunda instancia, C04Consulta, 05RenunciaPoder y 06 AnexoRenunciaPoderUGPP.pdf del expediente digital*), anexando copia de la comunicación remitida a la entidad demandada con destino al email [notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co.](mailto:notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co), por medio del cual informa la no continuidad en el contrato de prestación de servicios y, en ese orden, por encontrarse la renuncia en debida forma se, **ACEPTA** de conformidad con lo establecido en el Art. 76 del C.G.P.

De otra parte, se **RECONOCE PERSONERIA** adjetiva a la Abogada **GLORIA JIMENA ARELLANO CALDERÓN**, en su calidad de representante legal de la Firma **M&A ABOGADOS S.A.S.**, el cual fue otorgado mediante escritura pública No.0602 del 12 de febrero de 2020 y puesto en conocimiento mediante correo electrónico de fecha 23 de enero de 2022 (*archivo segunda instancia, 07.CorreoDemandada y 08Poder UGPP.pdf del expediente digital*),

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de conclusión por el apoderado de la entidad demandada mediante correo

electrónico del 23 de enero de 2023 (*carpeta segunda instancia, C04Consulta, 07AlegatosUGpp.pdf*), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 de 2022, profieren la siguiente,

### SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión al grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **FABRICIANO APONTE**, de la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de octubre de 2022 (*archivo 11AudienciaInstruccionJuzgamiento del expediente digital*) en la que se dispuso:

***“PRIMERO: ABSOLVER a la entidad accionada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES de la PROTECCION SOCIAL.***

***SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de. \$500.000 mil pesos por concepto de agencias en derecho”.***

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 FABRICIANO APONTE, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 5 y 6 del expediente digital** (*archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf*), **las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 6 y 7 ibidem**; aspirando de manera principal se declare, que la demandada debe reliquidar la pensión reconocida al demandante tomando como salario base la liquidación del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios (01/08/1983 al 31/07/1994), incluyendo asignación básica, prima de alimentación, subsidio de transporte, prima de antigüedad, bonificación especial permanente, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario y de horas extras, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, conservando la indexación elevando el monto a la suma de \$595.221, efectiva a partir del 21 de enero de 2004, en consecuencia, se pague el retroactivo pensional junto con la indexación e intereses de mora. **Obteniendo sentencia**



**desfavorable** a sus aspiraciones, luego de considerar que no hay lugar a la reliquidación teniendo en cuenta que el cálculo efectuado en el acto del reconocimiento del derecho pensional se ajusta a derecho, por cuanto, por ser beneficiario del régimen de transición, es procedente la liquidación con el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, y frente a los factores salariales indicó que se aplicaron en debida forma al tenor del Decreto 1158 de 1994 y 1068 de 1995.

De tal manera, previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de controversia en esta instancia la calidad de pensionado del demandante, cuyo reconocimiento se realizó por la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, por medio de Resolución No. 049284 del 21 de noviembre de 2005 (Carpeta expediente administrativo, páginas 1 a 4, archivo 17.Resoluciones que resuelven de fondo pensión), en la cual se señala que el demandante es beneficiario del régimen de transición, ingresando por esa vía el reconocimiento del derecho pensional a la luz de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, siendo liquidada por la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- con el 75% del promedio mensual de los sueldos devengados en 3 meses y 24 días de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, en cuantía inicial de \$396.621 a partir del 21 de enero de 2004.

En este punto, es de advertir, el demandante nació el 21 de enero de 1949 (carpeta 17. expediente administrativo) llegando a la edad de 55 años, exigidos por la Ley 33 de 1985 para acceder al derecho pensional, el mismo día y mes del año 2004. De otra parte, entre el 06 de junio de 1974 y el 25 de octubre de 1994)<sup>1</sup>, laboró más de 7200 días (20 años \*36 días), ocupando como último cargo el de Ayudante de Cocina<sup>2</sup>, ostentando la calidad de trabajador oficial, todo ello para concluir que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al actor le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho

---

<sup>1</sup>**Fecha de retiro**, conforme certificación expedida por el Hospital Federico Lleras Acosta (página 51, archivo 01Expediente digitalizado).

<sup>2</sup> **Naturaleza jurídica Hospital Federico Lleras**, “Por virtud de la Ordenanza 086 de 1994, “Por la cual se reestructura el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué Tolima y se transforma en Empresa Social del Estado del orden departamental”, expedida por el Asamblea del Departamento del Tolima, el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué es una Empresa Social del Estado –ESE-, siendo aplicable el Decreto 1298 de 1994 que en el parágrafo del artículo 674 señala ne el parágrafo: **“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”**

pensional, aspecto que se tuvo en cuenta por la extinta Caja Nacional de Previsión Social EICE en el acto reconocedor del derecho.

También se advierte en el acto administrativo reconocedor del derecho, que la otrora CAJANAL, hoy UGPP, en efecto liquidó la prestación pensional con los únicos factores salariales que se podían tener en cuenta (Asignación básica + dominicales y feriados + horas extras).

De tal manera, en relación con el IBL, es de advertir, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al aquí accionante, le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, pues al 1º de abril de 1994, contaba con 45 años, 3 meses y 20 días de edad<sup>3</sup>, así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual señala:

*«El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».*

Así pues, como el problema jurídico que se plantea en este juicio, consiste en verificar matemáticamente el I.B.L. tomado al momento de reconocerse el derecho pensional, debe advertir la Sala, lo correcto para este caso es tomar el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente, pues como atrás se anotó al actor le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, por ende, lo que se debía seguir era tomar ese lapso faltante para consolidar el derecho pensional y esa misma unidad de tiempo **transponerla** desde la última cotización hacia atrás, hasta completarla, que en el presente caso es el 25 de octubre de 1994 (Fecha de retiro, conforme certificación expedida por el Hospital Federico Lleras Acosta (página 51, archivo

---

<sup>3</sup> Nació el 21 de enero de 1949, conforme se constata con la cedula que obra en el archivo 3-Fotocopia del documento, expediente administrativo, página 1.

01Expediente digitalizado), pues no obra prueba de aportes o salarios devengados con posterioridad a esa calenda.

Tal criterio es el que se colige de diferentes proveídos de la Sala de Casación Laboral, donde ha precisado que la expresión «el tiempo que le hiciere falta» contenido en la citada norma, es simplemente una medida de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el IBL de las pensiones, medida que puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho, cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización; incluso, puede cobijar también, cotizaciones causadas con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, cuando los aportes hechos desde esta última fecha hacia adelante no alcanzan a cubrir el periodo de referencia indicado en la Ley.

Al efecto, pueden consultarse entre otras sentencias del Alto Tribunal, la CSJ SL794-2013, CSJ SL4585-2014, CSJ SL12350-2014, estas últimas reiteradas en la CSJ4156-2020, donde en un caso de similares contornos al aquí estudiado, la Alta Corporación razonó:

*«En primer lugar, la Sala debe resaltar el error jurídico en el que incurrió el ad quem en cuanto al entendimiento que le imprimió al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de la opción de liquidación pensional del IBL con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciere falta al beneficiario para adquirir el derecho, puesto que, según el criterio de la Corte, ello implica determinar cuántos días le faltaban a la persona para acceder a la pensión, a la entrada en vigencia de la aludida ley, para luego transponer esa medida de tiempo a la última fecha de cotización o salario devengado y desde ahí comenzar a contar ese lapso hacia atrás hasta completar dicho periodo.*

*En tales condiciones, el Tribunal no podía tomar el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994 hasta la fecha del retiro de la demandante 31 de diciembre de 2001, para efectos de establecer el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, y menos hacerlo de manera automática como procedió la alzada. Es decir, no le era dable al Tribunal considerar todas las cotizaciones posteriores a la fecha en que comenzó a regir dicha normativa para liquidar el IBL de la pensión, sin reparar en el momento del cumplimiento de los requisitos, para el caso cuando cumplió la edad para pensión, los 55 años, que lo fue el 16 de diciembre de 2000, que corresponde al límite de la unidad de tiempo de lo que le faltaría para acceder a la jubilación.*

*Lo correcto era hallar la medida de tiempo determinada por el periodo que le hacía falta para adquirir el derecho, para el caso entre el 1° de abril de 1994 y el 16 de diciembre de 2000, y verificada la misma, transponer esa unidad de tiempo desde la última cotización (31 de diciembre de 2001) hacia atrás, para así efectuar el respectivo conteo y agotar ese lapso, cuyo promedio actualizado constituiría el IBL para liquidar la pensión.*

*En efecto, la expresión «el tiempo que le hiciera falta» contenido en la citada norma, es simplemente una medida de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el IBL de las pensiones, medida que puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho, cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización, en los eventos en que ello lo favorezca porque incrementa el monto pensional.*

*Así lo explicó la Corte, a través de la sentencia CSJ SL12350-2014, rad. 44108, cuando puntualizó lo siguiente:*

*Dicho ello, en torno a los reclamos planteados por la censura, lo primero que cabe decir es que, efectivamente, como lo señaló el Tribunal, desde la sentencia CSJ SL 29 nov. 2001, rad. 15921, esta Corporación ha sostenido de manera uniforme que:*

*...en casos en que no hay coincidencia entre el momento de reunión de los requisitos y el retiro del servicio, la fecha de entrada en vigencia del sistema sirve en principio para establecer el período faltante para adquirir el derecho, vale decir, es una simple medida de tiempo, ya que la contabilización de los aportes para liquidar la prestación debe hacerse desde la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento hacia atrás hasta completar el lapso inicialmente determinado. Dicho en otros términos, es preciso realizar dos operaciones: primero establecer cuántos días, contados desde el 1 de abril de 1994, faltaban al trabajador para reunir los requisitos y, segundo, trasponer luego esa medida o número de días a la fecha del retiro y empezar a contar hacía atrás las sumas devengadas hasta agotar dicho lapso, cuyo promedio actualizado constituiría el IBL para liquidar la pensión.*

*Esa orientación ha sido reiterada en varias decisiones como las CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 30300, CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 36371, CSJ SL, 14 jul. 2010, rad. 40322, CSJ SL, 25 sep. 2012, rad. 44023, CSJ SL, 24 abr. 2013, rad. 43663 y CSJ SL4585-2014, entre muchas otras.*

*En tales términos, en principio, el Tribunal no incurrió en error al seguir la jurisprudencia diseñada por esta Corporación en torno al tema y concluir que los «...días que le hacían falta al accionante para cumplir los requisitos, deben contabilizarse en días cotizados desde el 30 de marzo de 2005 fecha en que realizó su última cotización (folios 352) hacía atrás hasta completar dicha cantidad.»*

*En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 44793, reiterada en la CSJ SL4585-2014, rad. 50955 y en la mencionada CSJ SL12350-2014, rad. 44108, entre otras, esta Corporación explicó:*

*Ha sostenido la jurisprudencia de la Sala que la expresión el tiempo que hiciera falta para adquirir el derecho, es una medida de tiempo de referencia para determinar las cotizaciones que han de integrar el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de las personas en régimen de transición, en una de las dos hipótesis que consagra el artículo 36 de la Ley 100, y que esa medida puede trasponerse más allá de la fecha de estructuración del derecho cuando el afiliado haya continuado aportando para así incluir hasta la última cotización, en los eventos en que ello lo favorezca porque incrementa el monto pensional. Y puede cobijar también, cotizaciones causadas con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones, cuando los aportes hechos desde esta última fecha hacia adelante no alcanzan a cubrir el periodo de referencia indicado en la Ley, y que se insiste, es la equivalencia del que va entre la entrada en vigor del sistema general de pensiones y el de la estructuración del derecho pensional, esto es, cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de servicios.*

*Una lectura distinta de la previsión legal acusada, conduciría a que se dejara el ingreso base de liquidación de las personas en régimen de transición al acomodo de*

los afiliados, quienes quedarían con la opción de elegir el término que les conviniese dejando de cotizar o retirándose anticipadamente del servicio.

En sentencia de 29 de noviembre de 2001, rad. N° 15921, dijo la Corte textualmente:

*“El punto objeto de controversia, tiene que ver con el alcance de la expresión ‘el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello’, esto es, para adquirir el derecho pensional, contenido en el inciso tercero del artículo 36 ibídem. Para el Tribunal es el discurrido entre la fecha de entrada de vigencia de la ley y la de retiro de servicio o reconocimiento efectivo del derecho; para el recurrente, el lapso faltante para la adquisición del derecho, esto es, los últimos 18 meses.*

*“Considera la Corte que no es correcto el entendimiento que el ad quem le otorga al señalado precepto, pues si el legislador en él estableció un espacio temporal (‘el tiempo que les hiciera falta para ello’) para efectos de liquidar la pensión a ciertos beneficiarios del régimen de transición, con ello quiso significar que la fecha de cumplimiento de los requisitos debía ser un hito o punto de referencia obligatorio en este aspecto...”*

[...]

*“Ahora, la exégesis que por su parte propone el atacante implica en casos como el presente en que no hay coincidencia entre el momento de reunión de los requisitos y el retiro del servicio, que la fecha de entrada en vigencia del sistema sirve en principio para establecer el período faltante para adquirir el derecho, vale decir, es una simple medida de tiempo, ya que la contabilización de los aportes para liquidar la prestación debe hacerse desde la fecha a partir de la cual se hace efectivo el reconocimiento hacia atrás hasta completar el lapso inicialmente determinado [...].*

*“Ese entendimiento, estima la Corte, es el que consulta el verdadero espíritu de la ley y se ajusta cabalmente a su tenor literal, en tanto acata su exigencia de tomar en consideración únicamente el tiempo faltante para adquirir el derecho y no otro [...]. “De manera que la única hermenéutica que permite acompasar el categórico mandato contenido en el artículo 36 de la Ley 100 en el sentido de que el ingreso base de liquidación de las personas cobijadas por el régimen de transición que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, con la regla general que dispone tomar en cuenta hasta la última semana cotizada para liquidar la pensión, es la que se dejó descrita, de donde se colige, como atrás se manifestó, que inicialmente hay que determinar cuántos días, contados a partir de la entrada en vigencia del sistema (abril de 1994) faltaban para adquirir el derecho y esa unidad de tiempo trasponerla después a la fecha de la última cotización o del último salario devengado y empezarlo a contar de ahí hacia atrás, hasta completarla”.*

*De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, para calcular el IBL en este caso se debe tener en cuenta el lapso que va entre la entrada en vigencia del sistema, 1° de abril de 1994, y hasta el momento en que la actora completó los requisitos para adquirir el derecho. Esa medida de tiempo debe trasponerse desde la fecha de la última cotización hacia atrás, independientemente de que incluya cotizaciones anteriores a 1° de abril de 1994. El promedio de lo devengado en esa medida de tiempo es el que debe tenerse en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de la demandante.*

*Por todo anterior, es dable concluir que el Tribunal interpretó erróneamente el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la forma de calcular el IBL con el promedio de lo devengado por la trabajadora durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho».*

En ese sentido, no hay lugar a reliquidar la pensión reconocida al demandante tomando como salario base la liquidación del pensionado de todo lo devengado en el ultimo año de servicios, lo cual, como ya se vio no es viable y de ahí que deba confirmarse la decisión en su totalidad para en su lugar, absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

De esta manera se agota el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante **FABRICIANO APONTE** y, en ese orden se procede a confirmar la sentencia de primer grado, en los términos anteriormente expuestos.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

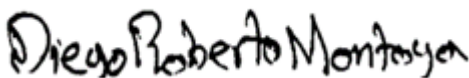
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.**, Sala Laboral,

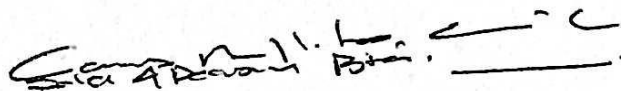
#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Juez Sexta 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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM DORYS  
BOLIVAR RUBIANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00794 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**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 1º 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 S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C,

el pasado 13 de julio de 2022 (20AudioAudienciaArticulo80 del expediente digital), en la que se resolvió (récord 01:20:28):

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante Myriam Dorys Bolívar Rubiano por la AFP PORVENIR contenido en el formulario número 10262566 el 20 de mayo del 2003.

**SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR** a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la aquí titular, la señora demandante del dinero que debe incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

**TERCERO: ORDENAR a PORVENIR** a devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante desde el año 2003 tales como gastos administración comisiones o cualquier otro valor o emolumento descontado de dichos aportes pensionales mientras la demandante ha estado vinculada a **PORVENIR** valores que deben ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados a título de actualización monetaria.

**CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** a recibir como su afiliada disolución de continuidad a la señora demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de seguros sociales desde el año 1990

**QUINTO:** Dada las results del proceso se **DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES** y **PORVENIR**”.

**SEXTO:** las **COSTAS** son a cargo de porvenir las agencias en derechos están a favor de la demandante dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago no hay lugar a condena en costas contra **COLPENSIONES**

**SÉPTIMO: ÓRDENESE** la consulta de esta sentencia a favor del **COLPENSIONES** como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido”.

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

Así, en primer lugar, la apoderada de COLPENSIONES señaló<sup>1</sup>, se debe aplicar el principio de la relatividad jurídica entendiendo que la entidad es un tercero ajeno

---

<sup>1</sup> **Recurso Colpensiones (1:22: 21):** “Gracias señoría, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión emitida por su despacho en esta diligencia de manera respetuosa solicito los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia proferida en audiencia toda vez que el momento de que sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP PORVENIR en razón a que los actos jurídicos tienen efectos Inter partes la decisión no puede ni favorecer ni perjudicar a mi representada es por lo anterior que solicitó a los Honorables Magistrados del Tribunal de la Sala Laboral no se condene a mi representada a recibir a la actora como afiliada de nuevo al régimen de prima media pues con esta decisión consecuencial la declaratoria de la ineficacia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado en el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005 pues en caso de una condena debe tenerse en cuenta el gran impacto que este tipo de procesos ha venido presentando a mi representada respecto de la reserva pensional.



a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP PORVENIR teniendo efectos Inter partes la decisión, considerando, además, que no puede ni favorecer ni perjudicarse a la entidad demandada.

Adicionalmente indicó, la declaratoria de la ineficacia afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado en el artículo 1º del acto Legislativo 01 de 2005, ya que, al existir una condena se genera un impacto en la reserva pensional.

Agregó, si la AFP PORVENIR faltó a su deber legal de información estas consecuencias no las pueda acarrear la entidad al ser un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico. Asimismo, pidió se tenga en cuenta el impacto que tiene en el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y la reserva presupuestal que se destina para tales fines de declararse la ineficacia del traslado.

En últimas, solicitó se condene a la AFP PORVENIR al pago de los perjuicios económicos en aplicación a la teoría del daño en materia civil.

A su turno PORVENIR S.A. refirió<sup>2</sup>, no se valoró el consentimiento informado que se materializó con la firma del formulario de afiliación por parte de la demandante,

---

*Asimismo, su señoría solicito se tenga en cuenta que mi representada se tenga en cuenta y se estudie de manera juiciosa que si la AFP PORVENIR faltó a su deber legal de información estas consecuencias no las pueda acarrear mi representada pues como ya se dijo es un tercero que no tuvo en gerencia la celebración del acto jurídico. Asimismo, que se tenga en cuenta el impacto que tiene en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y la reserva presupuestal que se destina para tales fines de declararse la ineficacia del traslado y de mantener en firme pues la decisión emitida por el despacho de esta audiencia solicitó que se condene a la AFP PORVENIR a devolución a la devolución de todos los saldos de conformidad con lo establecido en las sentencias SL 17595 de 2017 y SL 4849 de 2018.*

*En últimas, si se determina que no hay otra posibilidad de que ordenar a la demandante al régimen de prima media solicito que condene a la AFP que incumplió su deber legal de información al afiliado pague a mi representa los perjuicios económicos que yo genere para mi representada, lo anterior en atención a que en virtud la teoría del daño en derecho civil quien causa debe repararlo y un tercero como como lo es COLPESIONES, de esta manera sustento y presentó el recurso de apelación muchas gracias su señoría”.*

<sup>2</sup> **Recurso PORVENIR- Récord (1: 25:29):** “*Gracias su señoría, de manera respetuosa me permitió interponer en efecto el recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando como es de costumbre al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Honorable Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la señora demandante al régimen de ahorro individual en el año 2003 a través de mi representada la AFP PORVENIR y también a las condenas impuestas en contra de esta AFP, conforme a las siguientes consideraciones; en primer lugar, debe advertirse que se necesita un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia también esta misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita también la nulidad o la ineficacia a la AFP por incumplimiento el deber de información, en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues la demandante (...) de manera voluntaria sin presiones e informado de su conformidad con la normativa vigente para el año 2003*

que da cuenta de su libre escogencia del RAIS, oportunidad en la que fue asesorada conforme lo exigía la Ley 100 de 1993.

Adicionó, no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita también la nulidad o la ineficacia a la AFP por incumplimiento el deber de información, en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso. Puntualizó, con independencia de la forma en que se da el traslado a las condiciones características, ventajas y desventajas de ahorro individual estas se encuentran establecidas en la Ley 100 del año 93, siendo claro que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información

---

*la cual debe advertirse y aclararse no exige una información no es que son reclamados en la demanda y argumentados en fallo primera instancia.*

*Ahora bien, con independencia de la forma en que da el traslado a las condiciones características ventajas y desventajas de ahorro individual estas se encuentran establecidas en la ya nombrada Ley 100 del año 93 por lo si bien la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido la información otorgada por mi representada en ese año. De igual manera, como todo consumidor financiero la aquí accionante debía actuar con medidas diligencia la cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando y con mayor razón si los datos reales que permitían pensar esta decisión que se estaba adoptando se encontraban en normas legales de común conocimiento asimismo debe decirse que el actor de mi presentada aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones ejecutadas en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado del régimen eso es en este sentido teniendo en cuenta señalado anteriormente que no existen razones fácticas o jurídicas que permitan establecer la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por el cual la demandante, realizó su traslado de régimen pensional, pues se reitera que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y verás de las implicaciones de su traslado tal y como quedó consignado en su interrogatorio de parte por las respuestas dadas por esa persona suscribió el formulario de vinculación en el cual cumplía con todos los requisitos de la Superintendencia Bancaria que era el momento y manifestó expresamente que lo hacía de una forma libre y voluntaria tal y como quedo suscrito en el documento de afiliación que en ningún momento fue tachado de falsedad*

*Por otro lado lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración debe advertirse de que dichos montos, tienen formato legal una destinación específica tal y como se recordó en los alegatos propuestos por parte de esta representación que en efecto se cumplió plenamente cometido en el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual de tal suerte que es más ya fueron debidamente invertidas en la forma en la que exige la Ley, no se encuentran ya en el poder de mi representada la AFP PORVENIR fueron destinados a cubrir los gastos que implicó la correcta administración de todos y cada uno de los recursos importados a la cuenta individual de la ahora demandante.*

*En línea con todo lo señalado anteriormente, debe indicarse que la evolución de estos emolumentos resulta improcedente en conformidad con el concepto la superintendencia financiera de Colombia entidad encargada de vigilar como ya sabe entre otras a las AFP y que cuenta precisamente dentro de sus facultades la de emitir conceptos, doctrinas, conferencias de derecho respecto a los temas de su competencia a señalar dicho ente que el traslado de estos recursos entre regímenes especiales debe efectuarse en conformidad con la norma prevista para ello y esto es el artículo séptimo del decreto 3995 del año 2008*

*Por último, en lo que corresponde a las agencias de derecho debe aclararse desestimada la ineficacia del traslado y en consecuencia deberá tener plenos efectos jurídicos el traslado que realizó la señora demandante a la AFP PORVENIR en el año 2003.*

*Y en conclusión, ahora la imposición de costas o agencias de derecho en contra de mi representada es por todo lo anterior su señoría que solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior en su Sala Laboral de la ciudad de Bogotá que sirva revocar la presente decisión respecto a las condenas impuestas en contra de la AFP PORVENIR y por supuesto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación con mi representada en el año 2003 en estos términos su señoría que dejo presenté mi recurso de apelación agradeciendo el uso de la palabra*

otorgada. De igual manera, como todo consumidor financiero la aquí accionante debía actuar con diligencia obteniendo la información suficiente sobre el acto jurídico.

Por otro lado advirtió, lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración, dichos montos tienen formato legal y una destinación específica de tal suerte que ya fueron debidamente invertidos en la forma en la que exige la ley y no se encuentran en poder de la AFP, reiteró, fueron destinados a cubrir los gastos que implicó la correcta administración de todos y cada uno de los recursos importados a la cuenta individual de la demandante.

En línea con lo señalado, atacó la imposición de costas o agencias de derecho.

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 2 a 3, archivo “01Demanda.pdf, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 4 ibidem),** aspirando se declare la nulidad de la afiliación, debido a que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. Se condene a la AFP PORVENIR S.A. a registrar la afiliación, trasladar todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y valor del bono pensional a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes, rendimientos y bonos, así como a reconocer la pensión de vejez de la demandante desde el traslado, facultades extra y ultra y petita y 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, disponiéndose en consecuencia con cargo a PORVENIR trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la aquí titular, incluyendo los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, a PORVENIR a devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde el año

2003 tales como gastos administración comisiones o cualquier otro valor o emolumento descontado de dichos aportes pensionales mientras la demandante ha estado vinculada a PORVENIR, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria, a COLPENSIONES a recibir como su afiliada disolución de continuidad a la demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales.

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 10 de agosto de 1961 (*página 19, archivo “01.CuadernoFísico.pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de octubre de 2019 (*página 31, archivo “01. CuadernoFísico.pdf”, expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 por parte de PORVENIR al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 125,57 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Páginas 71 y 72 Archivo 01CuadernoFísico expediente digital*), por lo que no se encontraba en la

---

<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”.

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 mayo de 2003**, con fecha de efectividad a partir del **1º de julio de 2003** (páginas 109 y 112, archivo “01 CuadernoFisico.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en historial de vinculaciones 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).*

*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*

---

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

*otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”*

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

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

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

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

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

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

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

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del*

*trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

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

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

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

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



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

---

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

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

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

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

---

definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas,

---

como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...

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

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

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

***(…)***

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

***(…).***

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>6</sup>, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, siendo la única opción para pensionarse el fondo privado; igualmente, es claro que, el asesor le entregó el formulario diligenciado de manera masiva a todos los trabajadores de la Universidad de Los Andes para que lo firmaran; reunión que duró una hora aproximadamente, no obstante, se reitera, no le fue informado las características, ventajas y desventajas del RAIS, pues el fondo nunca se comunicó con ella ni le suministró los extractos.

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

---

<sup>6</sup> **Interrogatorio Demandante (Récord 04:41):** “Tengo 59 años, soy madre soltera, pregrado, psicóloga social, actualmente soy parte administrativa en la Universidad de los Andes, en 1990 empecé con Colpensiones y tuve un receso en 1994 e inicié en el 1997 en la Universidad de los Andes, yo me afilié del 90 al 94, en el 97 me afiliaron al ISS, en el 2006 o 2007 aparecieron los fondos y fue cuando nos trasladaron, el traslado fue como en el 2006 o 2007 mas o menos, el traslado fue masivo, llegaron los fondos privados u dijeron que era necesario cambiar porque el ISS se acababa y la mayoría nos trasladamos, yo me traslade a Porvenir, dejaron entrara a los asesores e hicieron una charla masiva contando que el ISS se acababa, que nos cambiáramos para que tuviéramos un tiempo más corto para pensionarnos, yo vivía con una persona y me dijeron que él se quedaba con mi pensión junto a mi hijo, dijeron que la pensión era buena, que la pensión era de 50 años, que el sueldo era bien y con el tiempo me di cuenta que era 1 salario mínimo, en la Universidad no nos dijeron nada por lo que estoy con este proceso porque era un engaño, Porvenir no me dijo nada, nunca se ha comunicado conmigo para nada, ningún asesor llegó a decirme algo, no pasó nada”. A instancia de Colpensiones (Récord 10:47 a 14:12): “Allá no nos hicieron leer nada, todos felices porque el ahorro era mejor, y como se acababa el seguro también la medicina y en este tiempo era terrible pedir una cita en el Nefrólogo, nos metieron el cuento que el ISS se acaba pero que nos iban a dar una buena medicina, solo fue firmar y ya, ni siquiera nos dejaron leer el formulario, yo puse mis datos, yo firmé, la chica nos pasaba todo, el traslado fue masivo y todos firmamos, ellos solo hablaban de lo rápido que nos pensionarían, eso fue el auge, no firmé de manera libre y voluntaria, eso fue un engaño, eso no fue libre, nunca me habían dado una asesoría, solo hasta hace 3 o 4 años me dijeron que saldría con un mínimo y ahí fue donde dije que tenía que hacer algo”.

**A instancia de Porvenir (Récord 14:18 a 19:55):** “Sobre los rendimientos me acuerdo que decían que entre uno más ahorrara más pensión salía, en mi caso tengo ahorrado como 20 millones entonces mi pensión es 1 millón por año pero no me dijeron qué rentabilidad o cuánto iba a ver, no me hablaron sobre aportes voluntarios, ese era difícil para uno, porque si uno tiene un salario no tan bueno como va aportar uno, es lo de ley, nunca me informaron, el fondo me dijo que me pensionaba con menos tiempo laboral, el cuento era de pasillo, pero verificar en el ISS nunca lo hice, fue el chisme, lo tomé como la mejor oportunidad para pensionarme, yo luché mucho por mi salud, en esa época no me daban medicamento, por eso hice el traslado, nunca me llagaba extractos, me pensionaban con un mínimo y de acuerdo al dinero que tenga va mi pensión, con el ISS me va mejor, ese es el susto, y que tal yo duré más años y no alcance la plata de mi pensión, la reunión grupal duró menos de una hora, eso no duró mucho”.

era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, en tanto ni siquiera contestó la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las*

operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (20 de mayo de 2003, efectivo el 1º de julio de 2003), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de

indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

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

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, la accionada PORVENIR, también debe devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración y, 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

<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



afiliada la administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo 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 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

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

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

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es

la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

*Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:*

*“(…)*

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

*En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup>, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el*

---

<sup>9</sup> Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de septiembre de 2021 (página 1 y2, archivo “05AutoFijaFecha.pdf”, expediente digital).

*criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.”.*

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

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

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

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del 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 y agencias en derecho, objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, estos conceptos 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 PORVENIR, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas y agencias en derecho, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>10</sup> (Páginas 32 y 33 Archivo 03ContestacionColpensiones.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 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>10</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de febrero de 2022, archivo 11AutoFijaFecha expediente digital.

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 adicionarán 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**

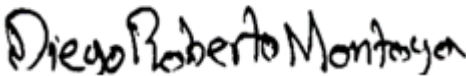
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, comisiones, rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el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

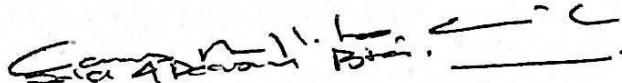
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



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

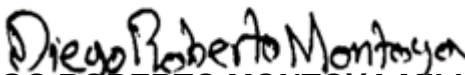
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA JANNETH NEIRA DELGADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 08-2021-00173-01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**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 artículo 13, numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio de 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 8 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de octubre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 20:38*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora **MARTHA JANNETH NEIRA DELGADO** realizado del régimen de prima media al **RAIS**, acaecido el día 31 de mayo del 99 mediante su afiliación a **COLFONDOS S.A** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a admitir el traslado de régimen pensional de la señora **MARTHA JANNETH NEIRA DELGADO**.

**TERCERO: CONDENAR** a las demandadas **COLFONDOS** y **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la señora **MARTHA JANNETH NEIRA DELGADO** tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con todos los rendimientos que se hubiesen causado.

**CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar todos los valores que devuelvan **COLFONDOS** y **PORVENIR**, y que reposaban o que reposaron en algún momento en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes pensionales en la historia pensional corrijo de la demandante.

**QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada **COLFONDOS** y **PORVENIR**, liquídense por Secretaría fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de estas demandadas la suma de un millón de pesos.

**SEXTO:** Como quiera que esta decisión resulta adverso a los intereses de la parte demandada **COLPENSIONES**, se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad”.

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Recurso apoderada Colpensiones (22:43 a 27:38):** “Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal oportuna me permito manifestar que interpondré recurso de apelación contra el fallo proferido en la tarde de hoy, el cual sustento de la siguiente manera:

Solicito a la Honorable Juez Octava Laboral se remita el presente proceso a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral para que estudien la apelación que se sustenta en la tarde de hoy, ello por cuanto está apoderada no se encuentra conforme con el fallo proferido y esto es en el evento en que se declara la ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Janneth Neira para el año 1999, cuando de manera voluntaria y haciendo uso del derecho que tenemos los colombianos a la libre escogencia del régimen pensional al cual queremos pertenecer, decide trasladarse de manera libre y voluntaria del régimen de prima de ahorro con prestación definida administrado en ese momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales, al régimen de ahorro individual, si bien es cierto, pues se estudió dentro del fallo proferido por la Juez Octava lo atinente al deber de información que le asisten a las AFPs para realizar o que deben realizar en el momento del traslado, se debe tener presente que dicho estudio o dicha asesoría se realiza bajo los presupuestos que para la data exigía la ley, traigo a colación lo referente en la circular 017 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen pues mecanismos para que tanto las AFPs como Colpensiones realicen una doble asesoría, esto a partir del primero de octubre del 2016 para las mujeres y hombres a quienes les faltasen o estuviesen próximos a que le faltasen 10 años para realizar, el traslado, perdón cumplir la edad de pensión, esto es para las mujeres que tuviesen 47 años de edad y los hombres 52 años de edad.

Esta obligación no se puede tomar como retroactiva, si bien es cierto a lo largo del desarrollo jurisprudencial se ha venido trabajando el tema respecto del deber de información, pues para el momento en que se realiza el traslado inicial, esto es para el año 1999, pues se hace bajo los presupuestos de la data, esto es con el llenado del formulario por parte de la persona que deseaba trasladarse. Así las cosas, pues digamos que la información emitida por la AFP pues queda clara respecto de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación y pues así debió haber sido valorada en el momento de proferir la sentencia.

Por otra parte Honorables Magistrados, quisiera pues traer a colación lo referente al principio de sostenibilidad financiera, ello por cuanto un fallo como el que es objeto de alzada pues quebranta en gran

Así, en primer lugar, manifestó que se declara la ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Janneth Neira para el año 1999, cuando de manera voluntaria y haciendo uso del derecho que tienen los colombianos a la libre escogencia del régimen pensional al cual quieren pertenecer, esta decidió trasladarse de manera libre y voluntaria del régimen de prima de ahorro con prestación definida administrado en ese momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales.

Agregó que la asesoría se realizó bajo los presupuestos que para la data exigía la ley, soportándose en la Circular 017 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de la cual se establecen mecanismos para que los fondos privados y Colpensiones realicen una doble asesoría a partir del 1º de octubre de 2016 con destino a las mujeres y hombres a quienes les faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, esto es, para las mujeres que tuviesen 47 años de edad y los hombres 52 años de edad.

Añadió que la información emitida por la AFP quedó clara respecto de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación y así debió haber sido valorada en el momento de proferir la sentencia.

Finalmente, trajo a colación lo referente al principio de sostenibilidad financiera, argumentado que el fallo atacado quebranta en gran medida este principio, teniendo en cuenta que el Sistema General de Pensiones percibe y mantiene a través de los medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados para pagar mes a mes un mayor número de pensiones a las personas que se encuentran afiliadas desde hace tiempo en el régimen de prima media, por lo que en este caso no se está vulnerando ningún derecho a la demandante, pues no se está negando el derecho pensional, lo que ocurre es que no se pensionaría con la expectativa económica que pretende.

---

*medida este principio de sostenibilidad financiera, si tenemos en cuenta que se debe garantizar en la medida que el sistema general de pensiones percibe y mantiene a través de los medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados para que ellos pues se permitan o le permitan pagar mes a mes un mayor número de pensiones a las personas que se encuentran afiliadas de hace tiempo en el régimen de prima media, es decir que ha permanecido durante varios años allí así como lo hizo también la demandante en el régimen de ahorro individual, en este caso no se está vulnerando ningún derecho a la demandante, pues en ningún momento queda establecido que se le esté negando su derecho a pensionarse, lo que ocurre acá es que no se está pensionando de pronto con la expectativa económica que la demandante quisiera que se le pensionara, por lo que esto no debe ser un punto para que se declare la ineficacia del traslado, en este sentido dejo sustentado el recurso de apelación, le ruego su señoría sea enviado el expediente ante el superior, muchas gracias”.*

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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 y 5, del archivo 02Demanda expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem*),** aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 31 de mayo de 1999 por medio de la cual se trasladó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual. Igualmente, solicitó se declare en libertad a la señora Martha Janneth Neira Delgado de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada cotizante; a PORVENIR a liberar de sus bases de datos a la actora y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de dicha afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los rendimientos que se hubieren causado, trasladando las cotizaciones a COLPENSIONES, pago de costas, agencias en derecho y condenas extra y ultra petita.

**Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a HORIZONTE hoy COLFONDOS el 31 de mayo de 1999 al ser el primer fondo de vinculación de la actora, en consecuencia, ordenó a HORIZONTE hoy COLFONDOS y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la señora MARTHA JANNETH NEIRA DELGADO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, con todos los rendimientos que se hubiesen causado.

A su vez, la juez condenó a COLPENSIONES a recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida junto con los aportes que ésta hubiese

efectuado a las administradoras de pensiones y cesantías HORIZONTE hoy COLFONDOS (en adelante COLFONDOS). Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la enjuiciada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado de régimen.

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 09 de mayo de 1961 (*Página 3, Archivo 04Pruebas expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de febrero de 2019 (*Páginas 6 y 7, Archivo 04Pruebas expediente digital*), a PORVENIR el 18 de julio de 2019 (*Páginas 14 y 15 Archivo 04Pruebas expediente digital*) y COLFONDOS el día 25 de junio de 2019 (*Página 38, Archivo 04Pruebas expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 por parte de PORVENIR al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 380,71 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Páginas 127 a 130 Archivo 04Pruebas expediente digital*), por

---

<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”.

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 nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de mayo de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio de ese año** (*Página 80 y 82 expediente digital Archivo 08ContestacionPorvenir*) por la afiliación que hiciera inicialmente a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada por esta AFP en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP. (*Páginas 139 y 145 expediente digital Archivo 11ContestacionColfondos*).

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 la existencia de 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 a 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.*

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

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

Frente a este tema, 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

**«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 cada AFP en cuanto 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 demandado COLFONDOS.

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

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:

---

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.

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante<sup>5</sup> a instancia de las enjuiciadas no acreditan de manera

---

<sup>5</sup> **Interrogatorio de la demandante (13:41 a 22:49) a instancia de Colfondos:** “En el año 1999 efectivamente llegó un asesor se Colfondos al Laboratorio donde trabajaba en M y N y me hizo una reunión o una entrevista personal en la cual duramos unos 10 a 12 minutos, en esa reunión lo primero que me dijo fue mire señora

alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de COLFONDOS le manifestó que el ISS se iba acabar y que podía perder el dinero que tenía allí, además, le fue informado que su pensión en dicho instituto sería de 1 smmlv, así como en cualquiera de estos fondos privados tendría más rendimientos, resaltando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, ya que el asesor insistió en el músculo financiero que manejan los fondos privados y la asegurabilidad pensional que tendría, incluso, antes de cumplir la edad que prevé el régimen de prima media con

---

*Neira yo le quiero comunicar lo siguiente, como yo estaba afiliada al Seguros Social lo primero que me impacto y me dijo fue que el Seguro Social se iba acabar por eso estaba ahí para decirme que Colfondos es un fondo privado y era una opción interesante ya que así se acabe me podía dar una pensión mayor y además en cualquier momento me podía pensionar antes de la edad ya que podía retirar los aportes. Adicionalmente, yo estaba embarazada para ese año de mi segundo hijo y me dijo algo que no se me olvidó y es que me dijo que la pensión se heredaba, a esos puntos tan favorables lo que dije fue que sí, que me interesaba, que yo me cambiaba, él sacó un formulario y tomó mis datos y yo lo firmé y me dijo que seguía con ese proceso, realmente no duró más de 10 a 12 minutos, fue impactante porque dijo que se iba a acabar el seguro y que yo podía retirar los dineros antes de tiempo y que no había conflicto sobre herencia en la pensión; no recibí información adicional, eso fue lo que me dio satisfacción; me indicaron que era un fondo privado y que por eso me daban garantía, que los fondos tenían más dinero y menos problemas que el Seguro Social no me indicaron que los dineros iba a una cuenta a mi nombre; no recuerdo los rendimientos; yo no leí el formulario, lo que pasó es que me preguntaron los datos básicos pero nunca tuve el derecho de tomar el formulario, él se lo llevó y dijo que hacía el resto del proceso; no me dijo que pasaba con las semanas; en el 2011 me afilié a Horizonte porque llega una asesora de Porvenir que era una mujer muy activa y me hace una entrevista y me dice que me ratificaba que no me iba a quitar los beneficios luego me dijo que Porvenir tenía más soporte financiero y que llegaría una pensión mayor ya que depende de la administración de los aportes y era algo más fuerte, que tenía capital externo, me ratificó las mismas ventajas, me dijo que estaba más segura con Porvenir porque era mejor que Colpensiones, me dio más seguridad en ese sentido; yo no tuve oportunidad de preguntar más porque era lo que me satisfacía porque me decía que me llevaba una mejor situación de seguridad, una mejor pensión y es heredable por lo que vi satisfecho todo, no pregunte nada más; no volví a tener contacto con el asesor, yo seguí trabajando, no me acerqué a ninguna oficina a averiguar”.*

**A instancia de Porvenir S.A. (22:50 a 28:48):** *“No recuerdo las explicaciones que me dieron, yo soy Química, solo me dieron la tranquilidad que Porvenir era más robusta y no iba a tener problemas con mi pensión, no pregunte nada más; como era igual a lo que me habían explicado de Colfondos lo único que entendí es que me daban las mismas garantía y ventajas pero que tenía más seguridad, no solicité explicación adicional; ya me había olvidado del instituto de Seguros Sociales porque supuestamente se iba acabar; Porvenir no se comunicó conmigo para una re asesoría, me acerqué a Porvenir S.A., hace 5 años cuando tenía 57, hoy día tengo 62 años y me acerqué a un punto para que me dijeran cómo me pensionaba, en ese momento el asesor me dijo que mi pensión iba a ser un poco más del salario mínimo, casi me da un infarto, porque yo no hago el salario mínimo, yo le dije que no entendía, le conté mi historia y le dije que si no me hubiera retirado de Colpensiones sería una pensión mayor, él dijo que me iba hacer el cálculo, me dijo que no debí retirarme y que tenía que asesorarme y como yo entendía que podía retirarme antes con los aportes y él me dijo que debía esperar un tiempo más, él me mostró y fue una confusión y hablé con mi familia y no había averiguado pero ahí dije que debía recurrir a que alguien me soporte y me diga cómo me puedo devolver, yo lo hice por las ventajas que me ofrecieron, eso fue lo que sucedió; yo no he solicitado la pensión, solo revisé en cuanto me saldría”.*

**A instancia de Colpensiones (29:00 al 33:06):** *“No conozco a fondo los requisitos, para mí realmente, la ventaja era tener una mayor mesada pensional que era un merecimiento que uno hace, eso es lo que me atrae, mucha gente habla muy bien de Colpensiones, ya no es el Instituto Maluco y me parece que fue lo que debí hacer siempre; para el año 1999 cuando hice el traslado yo me veía pensionada a los 57 o 58, esa es una edad hasta buena para pensionarme ya que hace 5 años no estaba hipertensa, hace 3 días salí de una cirugía, a esa edad es bien y podía disfrutar de mi pensión, yo no conocía los requisitos para trasladarme; yo no he efectuado aportes voluntarios; ahorre para un carro como libre inversión pero no pensión; yo estaba satisfecha con lo que me habían dicho, para esa época yo estaba tranquila y entonces no veía la necesidad de trasladarme sino cuando me dicen Porvenir mi pensión”.*

prestación definida sumado a que los dineros recaudados en la cuenta de ahorro individual son heredables.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (Página 139 y 145, Archivo 11 ContestacionColfondos) y (Página 82, Archivo 08ContestacionPorvenir), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que la actora recibió 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 las AFP demandadas (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.

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de COLFONDOS esta confesó que la sociedad no cuenta con prueba alguna que permita inferir que se informó a la demandante en los términos ya plasmados, ya que solo se cuenta con la prueba documental aportada al plenario.<sup>6</sup>

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara,

---

<sup>6</sup> **Interrogatorio RL de Colfondos S.A. (33:27 al 35:02).** “Revisando el expediente no me consta en qué términos se dio la asesoría, lo que le puedo indicar es que la demandante, según formulación de vinculación la demandante firmó para el año 1999 y de la misma manera suministro unos datos de beneficiarios e igualmente solicito un formulario de salda a la AFP HORIZONTE, eso me consta de la información de la señora Neira cuando suscribió el formulario de vinculación para el año 1999; Colfondos solo cuenta con el formulario de afiliación, ya que para el año 1999 las asesorías eran de manera verbal y no se dejaba ningún otro soporte”.

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, la 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 consigna: “

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. HE SIDO ASESORADO SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL REGIMEN, ESPECIALMENTE SOBRE EL REGIMEN DE TRANSICION, EN CASO DE PERTENECER AL MISMO. MANIFIESTO QUE HE ESCOGIDO A BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. CONOZCO QUE DISPONGO DE CINCO (5) DIAS HABILES A PARTIR DEL DILIGENCIAMIENTO DE ESTE FORMULARIO PARA RETRACTARME DE LA AFILIACION. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS.”

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a COLFONDOS, estaba en la obligación de informar a su futura afiliada

sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de mayo de 1999 , efectivo el 01 de julio de ese año)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio de régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS y PORVENIR además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá retornar 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>, de la misma manera COLFONDOS y PORVENIR debe retornar

<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

a COLPENSIONES las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los términos atrás expuestos, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, conviene anotar, 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.

Ahora bien, adviértase 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).

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES<sup>9</sup> (Página 5, Archivo 07 Contestación Colpensiones expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la 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,

---

<sup>9</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 13 de julio de 2022, archivo 17 Fija Fecha Audiencia expediente digital.

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de 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 la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

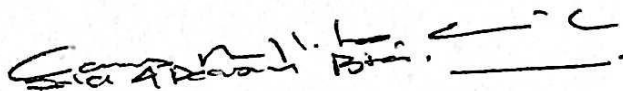
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

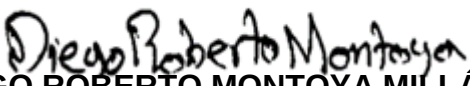
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO SALAS  
CASTAÑEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (12 2021 00377 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

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

  
**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

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

**SENTENCIA**

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 1° de diciembre de 2022 (Audio archivo 15, récord 32:02), en la que se resolvió:

**“PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia a la afiliación realizada por el señor Gustavo Salas Castañeda identificado con cédula de ciudadanía 7.330.844 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 Colfondos S.A. el 26 de mayo de 1999 conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

**SEGUNDO. -DECLARAR** válidamente vinculado al señor Gustavo Salas Castañeda al régimen de prima media con prestación definida conforme a lo expuesto.

**TERCERO. - CONDENAR** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del señor Gustavo Salas Castañeda, 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 posea el demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados conforme a lo expuesto en este proveído.

**CUARTO. - CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor Gustavo Salas Castañeda al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral.

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

**SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a COLFONDOS y COLPENSIONES y a favor del demandante por Secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón de pesos para cada uno.

**OCTAVO. -** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES remítase al 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 el apoderado de COLPENSIONES la apeló solicitando se sirva revocar la condena impuesta en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a fin de recibir como afiliado válido al demandante dentro del régimen de prima media en virtud a que el mismo se encuentra dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, indicando ello atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del sistema.

Igualmente pretende se revoque la condena impuesta por costas en razón a que ha actuado de buena fe y en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 del 2003 que impedía negar el reconocimiento y traslado de regímenes solicitados. (Audio archivo 15, récord 34:43<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Perdón, perdón, perdón, ya muchas gracias, gracias doctora que pena no había visto siendo este el momento procesal oportuno me permito presentar el recurso que en derecho corresponde el recurso de



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

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 1 a 3, Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 y 4 ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia, se condene a Colfondos a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirlo en el RPM y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor el 26 de mayo de 1999, ordenando a COLFONDOS 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**

---

apelación el mismo sustentable dentro de los siguientes términos solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la condena impuesta en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a fin de recibir como afiliado válido al demandante dentro del régimen de prima media en virtud a que el mismo se encuentra dentro de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003 es así como lo importante es que existe una correspondencia entre la voluntad de acciones es decir lo que es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado el modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado, finalmente honorables magistrados con la ineficacia decretada del traslado pensional de este afiliado que se encuentra dentro de la prohibición del artículo segundo de la ley 797 de 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU-062 de 2010 atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema en el entendido que el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización, de un 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 y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representan en un futuro del pago de sus pensiones y su reajuste periódico pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen hasta próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez 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, de otra parte solicitó muy respetuosamente el honorable tribunal revocar la condena impuesta en costas a mi defendida en razón a que la misma ha actuado bajo la idea de la buena fe y en este capacitación del principio legal que le corresponde a este caso de a ese caso en concreto línea judicial que se esgrimió en primera instancia dando aplicación a lo normado en el artículo segundo de la ley 797 que le impedía y obligaba a negar el reconocimiento y el traslado de regímenes solicitados por el demandante en este proceso, de este modo su señoría, dejo por sustentado el recurso de apelación que en derecho corresponde le agradezco el uso de la palabra muchas gracias

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.

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 10 de enero de 1961 (pág. 100 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 2 de junio de 2021 (Pág. 111 a 116 y 122 a 132 ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años 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 122,14 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 1 expediente digital* pág. 124), 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 **11 de mayo de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1° de julio de ese año** (pág. 93, «09ContestacionColfondos.pdf»), 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, y no el 26 de mayo de 1999 como se señaló por la Juez *a quo*, razón por la cual se modificará dicha data.

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 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

---

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

vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“(...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS, deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*



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 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 (*Audiencia del 1° de diciembre del 2022, Récord:*

---

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».

9:17), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues tan solo expresó que el asesor de COLFONDOS le dijo que debía cambiarse a un fondo privado porque el ISS se iba acabar y podía perder la pensión.

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

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 93, Archivo 9 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 COLFONDOS 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:

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de mayo de 1999, efectivo el 01 de julio 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 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, 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 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, COLFONDOS 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>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>, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente 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**».*

<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

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

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>7</sup>, a favor de quien se surte la consulta (página 5, *Archivo 7 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

---

<sup>7</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 2 de septiembre del 2022 (*Archivo 7 expediente digital*).

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 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 results del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de 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,

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada en cuanto a que la fecha del traslado del actor fue el **11 de mayo de 1999 con efectividad a partir del 1º de julio de ese año.**

**SEGUNDO: ADICIONAR** el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES además de lo



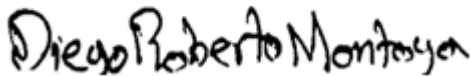
ordenado por la Juez de primer grado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

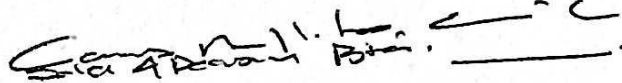
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLADYS TELLEZ MÉNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 14 2021 00111 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º 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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor frente a la sentencia proferida por la Juez Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de noviembre de 2022 (*Audiencia virtual, 22LinkAudiencia16Noviembre20222021111, récord: 28:07*) en la que se resolvió:

**“PRIMERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante señora **GLADYS TÉLLEZ MÉNDEZ** la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2017, por tanto, deberá pagar las mesadas pensionales ordinarias y la adicional de diciembre, comprendidas entre esa fecha y el 30 de junio del año 2019, retroactivo o condena que se concreta en la suma de \$59.262.894 pesos.

**SEGUNDO: CONDENAR** al pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional adeudado desde el día 27 de agosto del año 2019 y hasta cuando se verifique el pago del retroactivo pensional adeudado.

**TERCERO:** Se autoriza a la demandada **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional adeudado a la actora, las sumas que por concepto de aportes al sistema general de Seguridad Social en salud este en obligación de trasladar a la EPS donde se encuentre vinculada actualmente la demandante.

**CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de la acción a la parte demandada, en oportunidad, se tasarán.”.

.”

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES apeló la decisión señalando<sup>1</sup>, no se tuvo en cuenta que a través de la Resolución No. 103400 del 25

---

<sup>1</sup> **Recurso Colpensiones (récord 30:20):** “Su señoría mediante el presente me permito formular ante su despacho recurso de apelación contra la sentencia proferida por su Honorable Despacho de la siguiente forma y de manera sucinta, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación para que ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, lo cual los sustento en los siguientes términos:

Solicitó a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que la a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta que a través de la Resolución número 103400 del 25 febrero de 2012, se negó la pensión de vejez en favor de la demandante, toda vez que no cumplía con la densidad de las semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990.

Por otro lado, en virtud de una nueva solicitud pensional, misma que fue resuelta a través de la Resolución GNR. 184419 del 20 de enero de 2014 se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución número 103400 del 25 febrero de 2012, conforme al recurso presentado por la señora. Demandante Gladys Téllez Méndez.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que la demandante realizó su último aporte en el sistema de Seguridad Social en pensiones para el periodo de mayo de 2019, reportándose de parte de su empleador Auto Rines y Llantas limitadas la novedad de manera equivocada, puesto que la novedad válida para estudiar un posible retroactivo pensional, de tal suerte que al no evidenciarse de manera correcta el registro de la novedad por parte del empleador de la demandante, no es viable que se le reconozca en favor de la actora un retroactivo pensional.

Ahora bien, respecto a los intereses moratorios no es viable acceder a tal reconocimiento como se hizo en primera instancia, toda vez que los mismos no proceden, ya que lo ha sostenido de manera uniforme la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral mediante diversos pronunciamientos judiciales, puntualmente mediante sentencia radicación SU 38481 del año 2011 y el número 42835 del año 2013, pues la alta corte se fundamenta en que dicha sanción únicamente es aplicable por demora injustificada en el pago de la pensión de vejez, invalidez y muerte, y no en el presente caso como lo manifiesta la a quo.

Vale la pena resaltar que este criterio lo sostiene en la actualidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que ha reiterado en otras decisiones jurisprudenciales mediante sentencia radicación 27295 del 21 septiembre de 2006, magistrado ponente doctor Luis Osorio, así como mediante sentencia radicado 37088 de fecha de 9 de junio de 2010, magistrado ponente doctor Eduardo López Villegas, quien ratificó su jurisprudencia en el sentido de aclarar que la sanción moratoria atendiendo a la literalidad de lo consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo se aplica en pensiones reguladas por esta misma, normatividad de manera integral no siendo aplicable en aquellos casos donde el reconocimiento se ha llevado a cabo bajo las disposiciones normativas consagradas en el Acuerdo 049 de 1990.

Adicional a lo anterior y para terminar no es posible y no se está de acuerdo con lo accedido por el Juez de primera instancia en la condena por intereses moratorios en atención a que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, por lo que no existe normatividad alguna que sustente dicho reconocimiento.

En últimas y para poder terminar, tenemos claro traer a colación la sentencia SL 11897 de 2019, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto allí se indicó que en estos casos en los que las administradoras de pensiones tuvieron el conocimiento y pago de prestaciones periódicas deben encontrarse plena justificación, bien sea porque tienen respaldo normativo o por la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos en este momento dado puedan dársele al Juez.

Mi poderdante, es necesario precisar al despacho siempre cumple con sus funciones debidamente establecida a través del otorgamiento de las resoluciones que son expedidas bajo parámetros establecidos en la Constitución, la Ley y bajo los términos de la sentencia, C- 1436 de 2000, por lo cual también solicitó que de

febrero de 2012, se negó la pensión de vejez en favor de la demandante, toda vez que no cumplía con la densidad de las semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990.

Por otro lado, en virtud de una nueva solicitud pensional, misma que fue resuelta a través de la Resolución GNR. No. 184419 del 20 de enero de 2014 se confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 103400 del 25 febrero de 2012, conforme al recurso presentado por la demandante Gladys Téllez Méndez.

Expuso, la actora realizó su último aporte al sistema de Seguridad Social en pensiones para el periodo de mayo de 2019, reportándose de parte de su empleador AUTO RINES Y LLANTAS LTDA la novedad de manera equivocada, de tal suerte al no evidenciarse el registro de la novedad por parte del empleador, no es viable que se le reconozca en favor de la actora un retroactivo pensional.

Por otra parte, respecto a los intereses moratorios indicó no ser viable acceder a tal reconocimiento, toda vez que los mismos no proceden, conforme lo ha sostenido de manera uniforme la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral mediante diversos pronunciamientos judiciales, puntualmente, mediante sentencia con radicado SU 38481 de 2011 y el No. 42835 de 2013, pues la alta corte se fundamenta en que dicha sanción únicamente es aplicable por demora injustificada en el pago de la pensión de vejez, invalidez y muerte, y no en el presente caso como lo manifestó la A quo en la sentencia atacada.

Resaltó, este criterio lo sostiene en la actualidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en otras decisiones jurisprudenciales mediante sentencia radicación No. 27295 del 21 septiembre de 2006, Magistrado Ponente Luis Javier Osorio, así como mediante sentencia radicado 37088 de fecha de 9 de junio de 2010, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, quien ratificó su jurisprudencia en el sentido de aclarar que la sanción moratoria atendiendo a la literalidad de lo consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo se aplica

---

*una u otra forma el fallador no tuvo en cuenta el de primera instancia, el principio de buena fe en lo que ha obrado mi representada Colpensiones, que hasta el momento ha tenido un cambio normativo del acto normativo en cualquier orden judicial, en los términos de la sentencia T 956 de 2008 y por último, para ya terminar de manera concreta no es dable y no es aceptable reconocer derechos, prerrogativas de manera liberalidad de acuerdo a la Carta Magna en su artículo 36 que dice que en la Ley de apropiaciones no podrá incluirse partidas algunas que no corresponden a un crédito legalmente reconocido o gasto decretado conforme a una ley anterior o una propuesta por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público o al servicio de las deudas destinadas a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo, de esta forma, de manera respetuosa su señoría y gracias por otorgarme la palabra, dejó sentado mi recurso de apelación, muchas gracias por su atención a usted y a los presentes”.*

en pensiones reguladas por esta misma, no siendo aplicable en aquellos casos donde el reconocimiento se ha llevado a cabo bajo las disposiciones normativas consagradas en el Acuerdo 049 de 1990.

Mencionó la sentencia SL 11897 de 2019, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tanto allí se indicó que en estos casos en los que las administradoras de pensiones tuvieren el conocimiento y pago de prestaciones periódicas debe encontrarse plena justificación, bien sea porque tienen respaldo normativo o por la aplicación minuciosa de la ley.

Precisó que la entidad siempre cumple con sus funciones debidamente establecida a través del otorgamiento de las resoluciones que son expedidas bajo parámetros establecidos en la constitución, la ley y bajo los términos de la sentencia C - 1436 de 2000, por lo cual solicitó se tenga en cuenta el principio de buena fe en los términos de la sentencia T 956 de 2008. Por último, indicó no ser dable ni aceptable reconocer derechos o prerrogativas de manera liberal de acuerdo a la Carta Magna en su artículo 36 que dice que en la ley de apropiaciones no podrá incluirse partidas algunas que no corresponden a un crédito legalmente reconocido o gasto decretado conforme a una ley anterior o una propuesta por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las Ramas del Poder Público o al servicio de las deudas destinadas a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

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 Gladys Méndez las pretensiones relacionadas en el Archivo 04Demanda.pdf del expediente digital páginas 1 y 2 las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 2 a 4 del mismo archivo;** solicitando, Se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar el valor retroactivo pensional a partir del día 1º de junio de 2017, fecha en la cual acreditó los requisitos para su disfrute y hasta el día 30 de junio de 2019, fecha en que le fue reconocida efectivamente su pensión, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, junto con el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de junio de 2017 y hasta la fecha en que se produzca el pago al pago de las mesadas retroactivas, los demás derechos que resulten probados conforme

a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó al retroactivo solicitado a partir del 1° de junio de 2017 junto con las mesadas ordinarias y adicionales hasta el 30 de junio de 2019 en cuantía de \$59.262.894 junto con el pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional adeudado desde el día 27 de agosto del año 2019 y hasta cuando se verifique el pago del retroactivo pensional adeudado, autorizando a la demandada COLPENSIONES a descontar las sumas que por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud este en obligación de trasladar a la EPS donde se encuentre vinculada la demandante y costas del proceso. Lo anterior, tras considerar procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir del día siguiente a la última cotización que para la Juez *a quo* lo fue el **1° de junio de 2017**, fecha para la cual ya había reunido todos los requisitos para la pensión, sumado a que el acto de desafiliación se puede verificar con la voluntad del asegurado y la existencia de varios hechos como la cesación de cotizaciones. Frente a los intereses moratorios indicó ser procedentes, manifestando que se presentó la solicitud el 26 de abril de 2019 contando 4 meses conforme al artículo 9 de la Ley 791 de 2003, impartiendo condena desde el 27 de agosto de 2019, atendiendo que la entidad negó la fecha de reconocimiento pensional con base en argumentos no razonables y no reprochables a la pensionada. Finalmente, liquidó el retroactivo sobre 13 mesadas dado que la demandante causó la pensión con posterioridad al 31 de junio de 2011 y en dicha data acreditaba 992 semanas, pese a que por medio del cálculo actuarial el ex empleador Fernando Cárdenas Rodríguez reconoció los aportes entre el 1° de mayo de 1994 al 31 de octubre de 1995, correspondiente a 77,14 semanas, pago que se hizo efectivo solo hasta el 28 de marzo de 2019.

Así las cosas, dado que el presente proceso arriba a esta corporación además del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, procederá la Sala con el estudio de las condenas impuestas a la encartada.

De esta manera, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionada que ostenta la demandante, de acuerdo a la Resolución SUB 161056 del 21 de junio de 2019 (*Archivo 03AnexosDemanda, expediente digital, páginas 18 a 26 y 02 Expediente Administrativo, páginas 179 a 187*), en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 teniendo en cuenta para ello 1.340 semanas cotizadas (9.381 días), calculando la

mesada pensional con un I.B.L. de \$2.438.802 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% para una primera mesada de \$2.194.922 a partir del 1° de julio de 2019, esto es, a corte de nómina por cuanto no registraba novedad de retiro en la historia laboral, prestación que sin embargo fue objeto de recurso de reposición y en subsidio apelación radicado bajo el No. 2019 9628417, siendo resueltos mediante Resoluciones SUB 239825 del 03 de septiembre de 2019 y DEP 11406 del 16 de octubre del 2019 (*Archivo 03Anexos Demanda, expediente digital, páginas 28 a 36*), en el sentido de confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 161056 del 21 de junio de 2019.

En esa dirección, puede advertirse, del contenido del acto administrativo por medio del cual se reconoció la prestación económica se extrae, la accionante cumplió 55 años el 11 de septiembre del 2010 (nació el 11 de septiembre de 1955, página 500, expediente administrativo), realizando su última cotización al sistema para el periodo de mayo de 2017, acreditando para ese momento 1340 semanas (*Historia laboral obrante en expediente administrativo, páginas 578 a 587, actualizada al 22 de julio de 2019 del expediente digital*), solicitando el reconocimiento del derecho el 26 de abril de 2019, bajo el No 2019\_5451387, conforme se menciona en la Resolución SUB 161056 ibidem, no obstante lo anterior, la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/07/2019) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 -aspecto no debatido en el trámite procesal-, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que: “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”.

En ese orden, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación No. 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>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

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

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

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**



Así pues, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización se tiene que la demandante efectuó cotizaciones en calidad de trabajadora dependiente hasta el mes de mayo del 2017 con la empresa AUTO RINES Y LLANTAS, procediendo a solicitar el reconocimiento pensional en data posterior, esto es, en el mes de abril de 2019, por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional la promotora del litigio ya reunía los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión de la señora GLAYS TELLEZ procedía a partir del día siguiente a su última cotización –junio de 2017- atendiendo que para tal calenda ya había cumplido la edad de 55 años requerida por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez (nació el 11 de septiembre de 1955 - Expediente Administrativo, página 176) y había dejado de cotizar en mayo de 2017, acreditando para ese momento 1340 semanas, esto es, superaba las 1000 requeridas por el Acuerdo 049, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Ahora, en cuanto al registro de novedad de retiro, se tiene que la demandante requirió a su último empleador AUTO RINES Y LLANTAS LTDA, Identificado con Nit. 830.051.753-7., quien radicó ante Colpensiones la novedad de retiro retroactivo el 17 de junio de 2016, mediante radicado 2016\_0582515 y 17 de julio de 2019, radicado 2019\_ 9559554 en formatos: Novedad de retiro retroactivo y Autoliquidación mensual de aportes, con los soportes y anexos exigidos para tal trámite (páginas 42 a 45, 03anexos Demanda).

Adicionalmente, se aportó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, donde se relaciona que la aquí demandante laboro para la empresa AUTO RINES Y LLANTAS LTDA hasta el 30 de mayo de 2017 y certificaciones laborales (páginas 46 a 48, ibidem).

Pese a lo anterior, la encartada al resolver sobre el debido reporte de la novedad de retiro argumento a través de la Resolución SUB 239 825 del 03 de septiembre de 2019, argumentó (página 28 a 36, archivo 03 Anexos Demanda):

*“Que teniendo en cuenta que con el escrito de reposición se allegó Formulario de Solicitud de Actualización por Novedad de Retiro junto con las planillas de Autoliquidación mensual de Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, esta Subdirección de Reconocimiento mediante Radicado Interno No. 2019 11703812 del 30 de agosto de 2019 solicito a la Gerencia Nacional de Operaciones la*

**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)”.

actualización de la Historia Laboral, quien informó el 02 de septiembre mediante radicado No. 2019 11415475 lo siguiente:

"mediante requerimiento interno 201911703812 se solicitó aplicar la novedad de retiro para el periodo solicitado del cual responden: "Buen día, se observa que el empleador reportó novedad " " requisitos cumplidos para pensión en el ciclo solicitado. **Por lo cual, para realizar el cambio de la "P" por la novedad "R" de retiro es necesario que el empleador anexe la certificación de retiro en salud y riesgos laborales por parte de la entidad en la cual aportó y copia de la liquidación.**" (subrayado y negrilla fuera de texto.

Que una vez revisada la Historia Laboral, aun se refleja la novedad "P" por la empresa AUTO RINES YLLANTAS LTDA con NIT830051753.

Respecto de lo anterior, se aclara que la novedad de Retiro la debe reportar el aportante cuando el trabajador se retira definitivamente de la empresa. Para el caso en mención, el aportante en el pago realizado para el último aporte debió cambiar de tipo de cotizante 4 - Cotizante con requisitos cumplidos para pensión, de Aclaraciones al campo 6- Subtipo de cotizante del artículo 1 de la Resolución 1747 de 2008. Cuando el aportante realiza dicho cambio la novedad que se refleja en la Historia Laboral es una "P".

No obstante, si la empresa aportante antes mencionada omitió reportar la novedad de retiro para el ciclo de cotización se debe dar cumplimiento a lo establecido al Decreto 1818 de octubre 08 de 1996 el cual nos indica: "(...) Cualquier error u omisión en la autoliquidación original implica hacer otra corrección de la inicial." (...). Por lo tanto, el aportante empleador, se puede dirigir a los puntos de atención al ciudadano y legalizar la novedad de retiro mediante formulario de autoliquidación de ceros junto con los documentos:

- Certificado vigente de existencia y representación legal de la persona jurídica expedida por la Cámara de Comercio.
- Certificación expedida por el liquidador o Representante Legal donde conste la fecha del retiro.
- Copia autentica de la liquidación definitiva de salarios y prestaciones a favor del trabajador.
- Certificación de retiro en Salud y Riesgos Profesionales por parte de la entidad en la cual aporta.

Conforme a lo expuesto la Subdirección de reconocimiento considera Improcedente el pago retroactivo solicitado por la recurrente hasta tanto no se genere la novedad de Retiro "R" del Sistema General de Pensiones.}

Así las cosas, se establece que con el escrito de recurso no se aportaron nuevos elementos de juicio que permitan cambiar o modificar la decisión adoptada en la Resolución No. Resolución No. SUB 161056 del 21 de junio de 2019 de lo que se concluye que la pensión de vejez fue reconocida conforme a derecho y se procede a confirmarla en todas y cada una de sus partes".

Lo anterior, permite concluir que el empleador RINES Y LLANTAS en efecto no reportó la novedad de retiro -R- cuando terminó la relación laboral sostenida en mayo de 2017, no obstante, con posterioridad realizó la solicitud a Colpensiones, diligenciando los formatos dispuestos por la entidad y aportando los documentos requeridos con el fin de convalidar esta situación desde mayo de 2017, no obstante, esta manifestación no fue atendida por la enjuiciada.

Razones por las cuales, y como ya se dijo al margen de haber existido o no la novedad de retiro, lo cierto es que en el caso de autos es evidente que la desvinculación de la actora al sistema ocurrió en mayo de 2017, siendo claro, el reconocimiento de la pensión debió ser a partir del **1° de junio del 2017**, día siguiente al de la última cotización efectuada, pues fue desde ese instante que se evidenció la voluntad de la demandante de no continuar afiliada al sistema, voluntad manifestada mediante actos externos como el no seguir efectuando aportes y solicitar el reconocimiento de su prestación pensional (abril/2019), esto es, 22 meses después de su último aporte (mayo/2017), parámetros válidos para esta Sala de decisión en torno a establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, confirmándose en este punto la decisión de la falladora de primera instancia.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación en las sentencias SL 3249 Rad. 53903 del 9 agosto del 2018<sup>3</sup>, SL 4104 Rad. 66214 del 15 agosto del 2018<sup>4</sup> y SL 3657 Rad. 51196 del 29 agosto del 2018<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Precisado lo anterior, la Sala advierte que la consideración jurídica del *ad quem* en cuanto a que es posible derivar el retiro del sistema, de algunos actos exteriorizados por el demandante que den cuenta que su verdadera voluntad es acceder al status pensional (retiro tácito), resulta acertada y se ajusta al criterio actual de esta Corporación, en torno a la determinación excepcional de la fecha de disfrute de la pensión a la luz del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, por regla general, para poder disfrutar de la prestación por vejez, es necesario que se acredite la novedad de retiro del sistema. Sin embargo, este criterio se ha morigerado en algunos casos en los que, por sus particularidades, ha ameritado una solución diferente. Por ejemplo, cuando el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo; o también, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema o la intención inequívoca de retirarse del mismo, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, CSJ SL5603-2016 CSJ SL 415-2018).

<sup>4</sup> En punto al tema de la desafiliación al sistema, para el goce y disfrute de la pensión de vejez, previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado (CSJ SL, 1 feb. 2011, rad. 38776, reiterada en la SL8497-2014), que la circunstancia de no continuar cotizando al sistema, no cancelar los respectivos aportes o solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación, es una conducta del afiliado que reflejan su intención de cesar su vinculación al sistema en procura de obtener el derecho pensional.

<sup>5</sup> En cuanto a la desafiliación al sistema, se tiene que, aunque no obra en el proceso demostración de desafiliación al sistema, este requerimiento se desprende de la clara intención del accionante de desvincularse de su vida laboral, al haber elevado su petición de reconocimiento pensional al instituto demandado una vez consideró cumplir con las exigencias que ordena la ley.

Frente a esta exigencia de la desafiliación al sistema, la Corte ha enseñado que es deber del juzgador interpretar las circunstancias particulares en cada caso, como lo es en el presente asunto cuando se le informa a través del acto administrativo que le faltan más semanas de cotización. La sentencia CSJ SL5603-2016 adoctrino lo siguiente al respecto:

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

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Establecido lo anterior, dado que, en primera instancia, se concretó la condena por el retroactivo en cuantía de \$59.262.894 por las mesadas comprendidas entre el 1º de junio de 2017 al 30 de junio del año 2019, procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a verificar la liquidación con el apoyo del Grupo Liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, deflactando al 2017 el valor de la mesada otorgada en la Resolución SUB 161056 del 21 de junio de 2019 de \$2.194.922, obteniendo un valor del retroactivo de las mesadas causadas en la suma de **\$56.534.501,62<sup>6</sup>**, suma que resulta ser inferior a la ordenada en primera instancia, razón por la cual se ha de **MODIFICAR** dicho valor en esta instancia.

En cuanto a la condena por intereses moratorios punto de apelación de la entidad demandada es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, acogiéndose en este punto, lo referido por la Juez a quo en el presente asunto al no evidenciar una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad<sup>7</sup> en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante desde la fecha en que realizo su última cotización (mayo de 2017), precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

6

| Tabla Retroactivo Pensional |             |              |                        |                  |                 |
|-----------------------------|-------------|--------------|------------------------|------------------|-----------------|
| Fecha inicial               | Fecha final | Incremento % | Valor mesado calculada | Nº. Mesadas      | Subtotal        |
| 01/06/17                    | 31/12/17    | 5,75%        | \$ 1.994.020,90        | 8,00             | \$ 15.952.167,2 |
| 01/01/18                    | 31/12/18    | 4,09%        | \$ 2.108.677,11        | 13,00            | \$ 27.412.802,4 |
| 01/01/19                    | 30/06/19    | 3,18%        | \$ 2.194.922,00        | 6,00             | \$ 13.169.532,0 |
| Total retroactivo           |             |              |                        | \$ 56.534.501,62 |                 |

<sup>7</sup> Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

pensional la actora ya contaba con los requisitos para su reconocimiento (abril de 2019).

De esta suerte, se confirmará la decisión de primera instancia consistente en condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, en efecto, deben ser impuestos a partir del **27 de agosto del 2019** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 26/04/2019) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de junio de 2019 al 30 de junio de 2019.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones<sup>8</sup>, como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución 161056 del 21 de junio de 2019 solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 18 de julio del 2019<sup>9</sup> a través del recurso de apelación interpuesto contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto de manera definitiva con la resolución DEP 11406 del 16 de octubre del 2019 y acudiendo a la jurisdicción el 12 de marzo del 2021 (Archivo 06 expediente digital), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para que opere el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, se confirma la autorización a COLPENSIONES de realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "*se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público*", mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras "*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*", tal como dispuso la A quo en este punto.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el numeral 1° de la sentencia de primer grado en el punto anteriormente expuesto, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

---

<sup>8</sup> Desde la contestación de la demanda Archivo 01 Contestación Colpensiones del expediente digital, páginas 6 y 7, la cual se tuvo por contestada por la A quo mediante auto del 15 de junio de 2022 (Archivo 15 Auto Tiene Por Contestada Demanda).

<sup>9</sup> Como se extrae del contenido de la Resolución SUB-239825 del 03 de septiembre de 2019.

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

**RESUELVE**

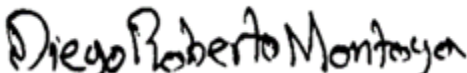
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer por concepto de retroactivo pensional la suma de \$56.534.501,62.

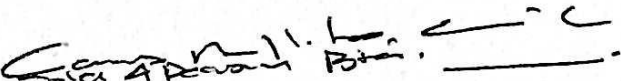
| Tabla Retroactivo Pensional |             |              |                        |                  |                 |
|-----------------------------|-------------|--------------|------------------------|------------------|-----------------|
| Fecha inicial               | Fecha final | Incremento % | Valor mesado calculada | Nº. Mesadas      | Subtotal        |
| 01/06/17                    | 31/12/17    | 5,75%        | \$ 1.994.020,90        | 8,00             | \$ 15.952.167,2 |
| 01/01/18                    | 31/12/18    | 4,09%        | \$ 2.108.677,11        | 13,00            | \$ 27.412.802,4 |
| 01/01/19                    | 30/06/19    | 3,18%        | \$ 2.194.922,00        | 6,00             | \$ 13.169.532,0 |
| Total retroactivo           |             |              |                        | \$ 56.534.501,62 |                 |

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia del Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIEGO GERMAN  
ACOSTA DIAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 14 2021 00112 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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

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

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, de la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 15 de noviembre del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 18 expediente digital, récord: 22:10*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: ABSOLVER** a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Diego Germán Acosta Díaz conforme a lo aquí considerado.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de la del estudio puntual de los medios exceptivos propuestos por la pasiva dado el carácter absolutorio del litigio.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de la acción a la parte actora en oportunidad se tasarán y

**CUARTO:** En el evento de no apelarse esta decisión, se debe consultar con el superior en los términos del artículo 69 de Código Procesal Del Trabajo.”

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 DIEGO GERMAN ACOSTA DÍAZ, las pretensiones relacionadas en el Archivo 4 del expediente digital pág. 1, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en la página 2 del mismo archivo;** solicitando, se declare que alcanzo su estatus pensional el día 15 de mayo del 2019, esto es, a los 62 años de edad y cuando tenía 1300 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional desde el 15 de mayo de 2019, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación, costas procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió del retroactivo solicitado, tras considerar que en efecto era procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir del día siguiente a la última cotización que fue para mayo del 2020, fecha para la cual ya había reunido todos los requisitos para la pensión, sin que acreditara con anterioridad a dicha data su intención de desafiliación al sistema.

De esta manera, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionado que ostenta el demandante, de acuerdo a la resolución SUB 115186 del 28 de mayo del 2020 (Archivo 3 expediente digital, págs. 3 a 11), en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por la Ley 797 del 2003 teniendo en cuenta 2173 semanas de cotización, calculando la mesada pensional con un I.B.L. de \$11.240.676 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 74.10% para una primera mesada de \$8.239.341.

En esa dirección, puede advertirse, la accionante cumplió la edad de 62 años exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el 15 de mayo de 2019 (pág. 2 Archivo 3 expediente digital) (nació ese mismo día y mes del año 1957), así como según el reporte de semanas allegado por Colpensiones<sup>1</sup>, el demandante realizó su última cotización al sistema para el

---

<sup>1</sup> Impreso para mayor claridad del expediente administrativo obrante en medio magnético a folio 13 del expediente.



periodo de junio del 2020 (Archivo 11 expediente digital Historia Laboral actualizada al 5 de octubre del 2021), solicitando el reconocimiento del derecho el 8 de mayo del 2020 (*conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB SUB 115186 del 28 de mayo del 2020*), no obstante lo anterior la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/06/2020) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”

Ahora, aunque el demandante pretende que el reconocimiento de la pensión se haga a partir del 15 de mayo del 2019 –fecha en que cumplió la edad y contaba con las 1300 semanas exigidas-, ordenado por tanto el pago retroactivo de las mesadas causadas entre dicha data y el mes anterior al reconocimiento pensional, tal aspiración, no se torna procedente pues para que el afiliado pueda empezar a disfrutar de su mesada pensional, se requiere su desafiliación del sistema.

Sobre esta temática, se trae como referente lo expresado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL2607-2021, que reiteró lo dicho en la SL3245-2019, así:

*“Aquí y ahora, se memora que ha sido doctrina de esta Corte que solo a partir de la desafiliación del asegurado al sistema general de pensiones es dable que comience a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se **causa** cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su **disfrute** lo es desde **la desafiliación formal**.*

*En este orden, podría decirse que la regla general sigue siendo la **desvinculación del sistema** como presupuesto necesario para el inicio de la percepción de la pensión, pero 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, y que permiten concluir que pese a que el afiliado continuó cotizando, el reconocimiento de la pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación. (negrillas del texto)”*

Igualmente, en sentencia SL414-2022 Rad. 79806 del 26 de enero del 2022, estableció:

*“En relación con el disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala ha adoctrinado que, conforme los preceptos atrás referenciados, se requiere la desvinculación formal del sistema de pensiones. Sin embargo, igualmente ha precisado esta Corporación que, ante situaciones particulares y excepcionales que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema.*

*(...)*

*Para el efecto, es menester memorar lo adoctrinado por esta Corporación sobre la figura de la desafiliación, entendiéndose esta como la voluntad del afiliado “de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender” (Ver CSJ SL5541-2019 y CSJ SL354-2021).*

*Así mismo, se debe reiterar lo enseñado por esta Corporación en torno a los efectos de la inducción al error, generado por las administradoras de fondos pensionales, que obliga al asegurado continuar cotizando al sistema pensional, pese a tener realmente cumplidos los requisitos mínimos para acceder al derecho pensional reclamado, y que ha solicitado en tiempo, donde la Corte ha estimado “que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se ha completado los requisitos” (CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798, CSJ SL8294-2017 y CSJ SL3114-2018 y CSJ SL3114-2018).*

Así las cosas, destaca la Sala, si bien es cierto el deber de desafiliación formal del sistema al que hace referencia la norma en mención, para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, tiene algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, estas se han circunscrito a aquellos casos en los que el afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios, y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho, por ejemplo alegando déficit de aportes<sup>2</sup>, así como cuando del comportamiento del afiliado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema así formalmente no exista novedad de desafiliación<sup>3</sup> situaciones estas que no se encuentran acreditadas en el plenario en tanto el reconocimiento pensional se solicitó mediante petición del 8 de mayo del 2020, según puede leerse de la Resolución SUB 115186 del 28 de mayo del 2020 (Archivo 3 expediente digital, pág. 3), sin que dentro del expediente administrativo allegado por la encartada (Archivo 11 expediente digital) se evidencie solicitud en ese sentido en fecha anterior, siendo entonces clara la intención del demandante de continuar cotizando para los riesgos de vejez,

<sup>2</sup> Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.

<sup>3</sup> Así se ha dejado establecido, entre otras, en las sentencias SL4611-2015 y SL5603-2016

invalidez y muerte hasta junio del año 2020, pese a haber adquirido su estatus pensional desde el 15 de mayo de 2019; así mismo, tampoco probó ni refirió en ningún momento que se vio compelido a seguir cotizando precisamente por la negativa de la entidad de reconocerle la prestación.

En orden de lo que viene de decirse, el actor tenía derecho a percibir su mesada pensional a partir de la fecha establecida por COLPENSIONES en el acto administrativo que dispuso el reconocimiento de la prestación económica -01 de junio del 2020-, pues para la fecha en que se expidió el mismo -28 de mayo del 2020- el actor se encontraba cotizando, y no desde el cumplimiento de los 62 años de edad, como lo reclama en la demanda, pues no se cumplió con la condición de la desafiliación del sistema, razones que imponen la confirmación del fallo de primer grado.

Advirtiendo la Sala, dentro del plenario no se evidencian actos por parte de Colpensiones dirigidos a inducir en error al actor, ni tan siquiera se demostró que para el año 2019 el promotor del litigio como bien lo refirió la Juez *a quo* hubiese elevado alguna petición relacionada con su pensión que le hiciere dar a entender que debía seguir cotizando, concluyendo entonces las cotizaciones efectuadas por el demandante después de cumplir los 62 años se hicieron de manera voluntaria y sin incidencia alguna de la Administradora Colombiana de Pensiones.

En este orden, es claro que la fecha reconocimiento de la pensión de vejez del actor, se encuentra ajustada a derecho, precisando la Sala la encartada no podía evidenciar la voluntad del actor de retirarse del sistema sino solo hasta que elevó la solicitud de pensión el 8 de mayo del 2020.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante y habiéndose arribado las mismas conclusiones de la juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

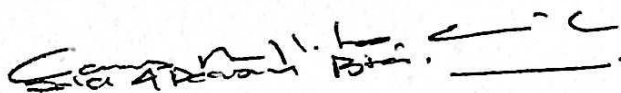
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones precedentemente expuestas.

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

*NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,*

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

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

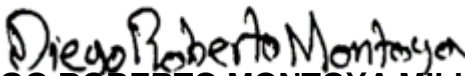
**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA ESPERANZA  
GIRLADO LOAIZA CONTRA COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (RAD. 15  
2022 00088 01)**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**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 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 desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de noviembre del 2022 (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:05:47*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora LIGIA ESPERANZA GIRALDO LOAIZA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 25 de julio del año 1995 a través de la AFP COLFONDOS y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha administradora trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante correspondiente a aportes, rendimientos financieros y bono pensional si ya está acreditado a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, reactivando la afiliación de la señora demandante teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, consecuencia natural de esta ineficacia, todo lo anterior, conforme se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO:** No condenar en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

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

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES apela la decisión 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 se ordene la devolución de todo ello (*Audiencia virtual, récord: 1:07:10*)<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

---

<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 parcial contra la sentencia proferida en primera instancia con respecto al no traslado de la totalidad de las cotizaciones que no se ordena su traslado, al respecto hay que indicar que la Corte Suprema de Justicia 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 sus 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 nacimiento ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, en otros términos la sentencia en la que se declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ellos cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, ahora entonces el restablecimiento de ser pleno y 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 y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Por lo antes expuesto, solicito al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque en este sentido la sentencia proferida y ordene la devolución total de la cotización a mi representada, en tal sentido dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

## CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LIGIA ESPERANZA GIRALDO LOAIZA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 1 expediente digital, páginas 1 y 2*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente digital, páginas 2 y 3*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, en consecuencia se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto, igualmente se ordene a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, reactivar la afiliación, corregir y actualizar la historia laboral, 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<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 4 de marzo de 1965 (*Página 101, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 23 de febrero del 2022 (*páginas 135 a 156 ibídem*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994- (*vinculada al Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural -DRI<sup>3</sup> en el cargo de Asistente Administrativo*), pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 345,57 semanas de servicios prestados (*Archivo 9 expediente digital págs. 129 a 132 Historia Laboral aportada por Colfondos*), 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 **25 de julio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de ese mismo año** (*Páginas 18 y 20, archivo 9 expediente digital*) por afiliación que hiciera COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

<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”.

<sup>3</sup> El Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, DRI, fue un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, creado mediante Decreto-ley 77 de 1987 y reestructurado mediante Decreto 2132 de 1992. Suprimido mediante Decreto 1290 del 21 de mayo del 2003.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(…)*

---

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

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

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

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

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

*En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

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

*(...).*

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

***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)***

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante<sup>6</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la oficina de recursos humanos del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural le indicó que como CAJANAL iba a dejar de existir debía trasladarse a la AFP COLFONDOS. La actora indica que para ese momento no había un asesor de dicha AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

---

<sup>6</sup> Audiencia 9 de noviembre del 2022, récord 15:33



Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*Página 20 Archivo 9 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

***“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

*De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

*Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

*...*

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

| Etapas acumulativas                                            | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información                                                                                                                                                                                                                    | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

Como se ve, ya para el año 1995 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (25 de julio de 1995 efectivo el 1º de agosto de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de

indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Ahora, 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 20 Archivo 9 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

---

<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 (...)”.

trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra 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, COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia<sup>9</sup>, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>10</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.

---

<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

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).

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> (Página 7 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 la sentencia en el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

---

<sup>11</sup> Se tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de septiembre del 2022, archivo 14 expediente digital.

**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**

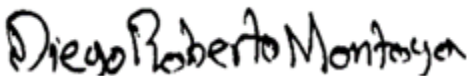
**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

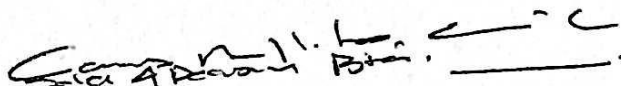
**SEGUNDO: DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**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

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEOPOLDO LEAL ROJAS CONTRA ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S., APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA., ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S. y ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO S.A.S. (RAD 18 2018 00077 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero dos mil veintitrés (2023)

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

**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 la demandada SOCIEDAD ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S., contra la sentencia proferida por la Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de junio de 2022 (Archivo “CD. FOLIO 200 AUDIENCIA VIRTUAL 22 JUNIO 2022”, récord: 41:40), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante **LEOPOLDO LEAL ROJAS** de la sociedad demandada, esto es, **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS**, existió un contrato de trabajo por duración de la obra labor desde el 15 de febrero del 2013 hasta el 5 de enero del 2017 concurriendo de forma solidaria las demandas **APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA., ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y ALIANZA TEMPORAL RECURSOS HUMANOS SAS** acorde a las motivaciones que anteceden.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES S.A.S. y SOLIDARIAMENTE A APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS** a reconocer y pagar a favor de la parte demandante **LEOPOLDO LEAL ROJAS** la suma, la siguiente suma de dinero por indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. la suma de \$1'721.300.

**TERCERO: ABSOLVER** a las demandas **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS, APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS** de las demás pretensiones incoadas por el señor **LEOPOLDO LEAL ROJAS** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción denominada prescripción conforme a lo expuesto en la presente decisión.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES Y SOLIDARIAMENTE, APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA, ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS Y ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO SAS** a favor de la parte demandante, señálese como agencias en derecho la suma de \$170.000.

**SEXTO:** *Contra la presente providencia procede al recurso de apelación."*

Inconformes con la sentencia, los apoderados de la parte demandante y de la sociedad **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES S.A.S.** interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos.

El apoderado de la parte actora solicita se profiera condena en relación con la reliquidación de las prestaciones sociales, señalando haberse probado con la documental allegada con la demanda que en los meses de julio y agosto del 2015 existió un pago adicional al salario básico de \$220.000 por cada quincena en total \$440.000, el cual era continuo y siempre se le daba al trabajador, lo cual trae consecuencia la reliquidación de las cesantías y primas de servicios, como también se debe conceder la indemnización por no consignación de cesantías por no haberse pagado las cesantías conforme al verdadero salario del actor (Audiencia 22 de junio del 2022, récord: 43:40<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup>**APODERADO DEMANDANTE:** Bueno siendo la oportunidad para presentar recurso de apelación me permito presentarlo y sustentarlo en el siguiente sentido. Dentro de las consideraciones que tuvo el despacho para conceder algunas de las pretensiones y para rechazar las otras se indicó que el en la demanda no se había logrado probar las los recargos o las extras que se habían pretendido en los hechos y en las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, cosa que comparto no obstante sí se indicó y se probó en la documental allegada con la demanda que entre los meses de entre el año 2015 para los meses de julio agosto y creo que junio del 2015, existió un pago adicional al pago del salario básico por concepto de \$220.000 pesos, el cual si revisamos el interrogatorio de parte y los y los testimonios digamos que encontramos unanimidad en ellos en indicar que era un pago que era continuo y que siempre se le daba al trabajador estamos hablando entonces de \$440.000 pesos mensuales, la liquidación que hizo en su momento las empresas de RECURSOS TEMPORALES Y LA EMPRESA DE SERVICIO Y LA EMPRESA USUARIA ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS fue con base en el salario básico es decir en el salario mínimo lo que quiere decir que la liquidación tanto de las primas de servicios como la liquidación de cesantías fue errada tal como se puede observar en tanto en los documentos que fueron presentados a folios 81 de la demanda inicial que estamos la liquidación de prestaciones sociales del año 2014 2015 y a folio 82 donde se encuentra la liquidación de prestaciones sociales de octubre 2015 y 30 de septiembre 2016 donde para efectos de hacer la liquidación de las cesantías y de las primas de servicio se tomó como salario base el salario mínimo de la época y no contempló los \$220.000 pesos, lo que implica que tiene en cuenta el artículo 127 y 128 del código sustantivo del trabajo esos \$220.000 quincenales es decir \$440.000 pesos mensuales,

Por su parte el apoderado de la demandada ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S. solicita se revoque la condena impuesta de indemnización por la terminación de la relación laboral, por cuanto los hechos aducidos en la misiva de renuncia hacen referencia a situaciones pasadas que no cumplen con el requisito de inmediatez, precisando el demandante continuo laborando del 2013 al 2017 por lo que frente a la presunta vulneración de sus prestaciones no actuó de manera inmediata, aunado a que tampoco tendría derecho al pago de las citadas liquidaciones si se tiene en cuenta que en la presente sentencia se estableció que el contrato de trabajo se dio del 2013 al 2017, por lo que la liquidación de prestaciones sociales solo sería procedente a partir del 5 de enero del 2017, pretendiendo por ende se absuelva de dicha pretensión. (Audiencia 22 de junio del 2022, récord: 45:54<sup>2</sup>).

---

deben ser considerados como salario porque la empresa no demostró lo contrario lo que implica que debe ser re liquidada las prestaciones sociales por lo menos del año 2015 que fue cuando se probó el pago de del año 2015 para los meses que se probó el pago de estos \$440.000 pesos, adicional a eso también se debe condenar a la indemnización por no consignación de cesantías de qué trata la Ley 50, toda vez que la empresa durante toda la relación laboral tanto en el testimonio en la parte procesal de esta demanda no demostró buena fe en cada una de las actuaciones que realizó con el trabajador, lo que implica que y tampoco dio un argumento digamos que que razonable para haberse extraído de haber hecho el pago de la liquidación de esas cesantías conforme al verdadero salario el salario mínimo de la época, en esos términos considero que debe conceder las re liquidación de las cesantías el interés de cesantías y la prima de servicio del año 2015 conforme a la documental que fue allegada en la demanda y además de eso concederse el pago de la indemnización por no consignación de cesantías de qué trata la ley 50 toda vez que se hizo el pago parcial de dicha cesantías y no se realizó tal como debía hacerse incluso tampoco se consignó cómo debía consignarse.

<sup>2</sup> **APODERADO DEMANDADA:** Muchas gracias su señoría, de manera respetuosa manifestó a su honorable despacho que interpongo el recurso de apelación contra la condena frente a la indemnización e por la terminación de la relación laboral por parte del trabajador teniendo en cuenta lo siguiente, es de tener en cuenta que si observamos la carta de terminación que presenta en su momento el demandante el mismo es claro que induce indica unos hechos ya de tiempo atrás es decir que frente a la el argumento de que que indica de que se ha incumplido frente a unos pagos no existe una inmediatez por ello no puede procederse a pagar una indemnización o condenarse a la parte demandada una indemnización por cuanto en todo momento actuó de buena fe tanto así de la buena fe que el trabajador siguió laborando teniendo en cuenta el tiempo que se trazó dentro de la sentencia de una relación laboral del 2013 al 2017 por ello nos no no puede entrar a tener sustento una condena frente a un argumento de que en algunos casos no se les no se le pagó unas acreencias que a luces de la presente sentencia no tendría derecho es decir que vemos dos cosas la primera que frente a en su momento el la el demandante no no actuó de manera inmediata frente a una posible vulneración frente a sus prestaciones y por otro lado viéndolo en ese en este punto la sentencia no tendría derecho eh pues al pago de las acreencias que consideraba en su momento que se le estaban adeudando por cuanto la carta de terminación indica que estaba solicitando la liquidación y si nos vamos a la presente sentencia pues obviamente la liquidación solo entra a ser procedente a partir del 5 de enero del 2017 por este segundo argumento consideró su señoría y consideró al honorable Tribunal que se debe a absolver frente a esta indemnización de terminación de terminación de la relación laboral por parte del trabajador, por cuanto no se evidencian los presupuestos en cuanto a inmediatez y en cuanto a coherencia en el sentido del fallo muchas gracias 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 las páginas 6 a 9 del expediente digital (Archivo 02), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en las páginas 9 y 10 ibídem,** aspirando de manera PRINCIPAL se declare existió un contrato laboral sin solución de continuidad desde el 1° de febrero del 2013 hasta el 5 de enero del 2017, como también que las empresas Alianza Enlace Temporal S.A.S., Alianza Temporal Recurso Humanos S.A.S. y Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda., fungieron durante toda la relación laboral como simples intermediarias, en consecuencia se condene a la empresa Escenografías y Montajes al pago de recargos y horas extras y por ende los aportes y contribuciones al Sistema Integral de Seguridad social en salud y pensión teniendo en cuenta como IBC el salario real pagado más las horas extras y recargos laborales, como también a pagar la diferencia entre lo debido y lo pagado por concepto de prestaciones sociales causadas durante el término de la relación laboral (cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones compensadas), igualmente se declare que se constituyó un despido indirecto o terminación del contrato laboral por parte del trabajador por causas imputables al empleado, se ordene el pago de la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización por despido sin justa causa. Así mismo, solicita se declare que las empresas temporales Alianza Enlace Temporal S.A.S., Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S. y Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda., resultan ser responsables de las obligaciones derivadas de estas pretensiones, condenas *ultra y extra petita* y pago de las costas del proceso.

En SUBSIDIO solicita se condene a las empresas de servicios temporales a responder por las obligaciones incumplidas derivadas de los contratos suscritas entre ellas así:

- Alianza Enlace Temporal S.A.S. del 1° de octubre del 2013 al 30 de septiembre de 2014 y del 1° de octubre del 2015 al 30 de septiembre del

2016: Declarar como salarios del 2013 \$1.029.500, 2014 \$1.056.000, 2015 \$1.084.350 y 2016 \$1.129.454. Pago de recargos y horas extras, reliquidar aportes en salud y pensión teniendo en cuenta como IBC el salario realmente pagado, la diferencia entre lo debido y lo pagado por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones, como la indemnización moratoria.

- Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S. del 1° de octubre del 2014 al 30 de septiembre del 2015. Declarar como salarios del 2014 \$1.056.000 y 2015 \$1.084.350. Pago de recargos y horas extras, reliquidar aportes en salud y pensión teniendo en cuenta como IBC el salario realmente pagado, la diferencia entre lo debido y lo pagado por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones, como la indemnización moratoria de ese contrato.

**Obteniendo el accionante sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se declaró la existencia de contrato de trabajo por duración de la obra o labor con ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S. del 15 de febrero del 2013 hasta el 5 de enero del 2017 y como solidariamente responsables las E.S.T. APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA., ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S. y ALIANZA TEMPORAL RECURSOS HUMANOS S.A.S., condenado únicamente al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T en la suma de \$1.721.300 y absolviendo de las demás pretensiones.

Lo anterior tras considerar la Juez de primer grado, en primer lugar, que se encontraba acreditado que las funciones del demandante siempre fueron las mismas, esto es, como auxiliar de escenografía o carpintero, sin que se demostrara por ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S. alguna de las causales de la ley para contar con trabajadores en misión suministrados por E.S.T. aunado a que la labor desarrollada por el actor hacia parte del giro ordinario de dicha sociedad, por ende declaro a la misma en calidad de usuaria como verdadera empleadora y a las EST accionadas como responsables solidarias en virtud de la intermediación. Frente al salario señaló ser el mínimo para toda la relación laboral, al haber no haberse acreditado uno diferente, indicó en relación con las horas extras que las mismas no fueron probadas y que la petición resulta

ambigua e indeterminada, por ende no accedió a la reliquidación pretendida. En cuanto a la indemnización por despido, adujo que la renuncia del actor se dio por la mora en el pago de tres liquidaciones del contrato de trabajo y como quiera que el extremo accionado no acreditó las fechas en que efectuó el pago de las mismas procedió a su condena. No hizo pronunciamiento la juez *a quo* en relación con la indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y de la demandada ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S., en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En este orden de ideas se advierte no es objeto de discusión la declaratoria del contrato del trabajo del actor con **ESCENOGRAFÍAS Y MONTAJES SAS**, desde el 15 de febrero del 2013 hasta el 5 de enero del 2017 concurriendo de forma solidaria en el pago de lo debido las demandadas **APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA., ALIANZA ENLACE TEMPORAL SAS y ALIANZA TEMPORAL RECURSOS HUMANOS S.A.S.**

Así las cosas, en primer lugar y para resolver la apelación del accionante quien pretende obtener la reliquidación de sus prestaciones sociales concretamente cesantías, primas de servicios y el pago de la indemnización por no consignar las cesantías con el salario realmente devengado, por acreditarse el pago de \$440.000 mensuales durante el año 2015, 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 éste debe demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y al empleador convocado a juicio le corresponde acreditar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio. Al respecto las sentencias SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, SL 986-2021, reiteradas en sentencia SL-4313-2021 explican:

“Inicia la Sala por precisar que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias.”

Luego al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y el empleador es 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 criterio reseñado se tiene que la parte demandante aportó en las páginas 75 y 76 (Archivo 2 expediente digital) los comprobantes de pago de los meses de julio, agosto y septiembre del 2015, en los que se observa un pago quincenal en suma de \$220.000 bajo el concepto “OTRA\_NOVEDAD” , sin que obre otro medio de prueba del pago de los mismos para los años anteriores o subsiguientes, téngase en cuenta que el contrato de trabajo se declaró desde el 15 de febrero del 2013 hasta el 5 de enero del 2017, advirtiéndose los citados pagos se hicieron únicamente durante tres meses del año 2015. Así por ejemplo en el mes de julio:

| ALIANZA TEMPORAL<br>RECURSO HUMANO |               | COMPROBANTE DE PAGO     |              |
|------------------------------------|---------------|-------------------------|--------------|
| NOMBRE: LEAL ROJAS LEOPOLDO        |               | DOCUMENTO: C.C 80370130 |              |
| PERIODO: 1-7-2015                  |               | DIAS: 15                |              |
| DEVENGADO                          |               | DEDUCCIONES             |              |
| SALARIO BASICO                     | \$ 322,175.00 | EPS                     | \$ 12,887.00 |
| AUX_TRANSPORTE                     | \$ 37,000.00  | PENSION                 | \$ 12,887.00 |
| OTRA_NOVEDAD                       | \$ 220,000.00 |                         |              |
| TOTAL                              | \$ 579,175.00 | TOTAL                   | \$ 25,774.00 |
| TOTAL PAGADO: \$ 553,401.00        |               |                         |              |
| Recibi conforme:                   |               | Entregado por:          |              |

|                                                                                                                              |               |                                     |              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|-------------------------------------|--------------|
|  <b>ALIANZA TEMPORAL<br/>RECURSO HUMANO</b> |               | <b>COMPROBANTE DE PAGO</b>          |              |
| NOMBRE: LEAL ROJAS LEOPOLDO<br>PERIODO: 16-7-2015                                                                            |               | DOCUMENTO: C.C 80370139<br>DIAS: 15 |              |
| <b>DEVENGADO</b>                                                                                                             |               | <b>DEDUCCIONES</b>                  |              |
| SALARIO BASICO                                                                                                               | \$ 322,175.00 | EPS                                 | \$ 12,887.00 |
| AUX_TRANSPORTE                                                                                                               | \$ 37,000.00  | PENSION                             | \$ 12,887.00 |
| OTRA_NOVEDAD                                                                                                                 | \$ 220,000.00 | ORDINARIOS                          | \$ 10,000.00 |
| TOTAL                                                                                                                        | \$ 579,175.00 | TOTAL                               | \$ 35,774.00 |
| TOTAL PAGADO: \$ 543,401.00                                                                                                  |               |                                     |              |
| Recibi conforme:                                                                                                             |               | Entregado por:                      |              |

La anterior relación, de contera, permite desvirtuar la habitualidad que se requiere para considerar que dicha suma era para retributiva de su labor y por ende era salario, pues el pago de este rubro denominado “OTRA\_ NOVEDAD” como se anotó solo fue cancelado durante tres meses en toda su relación laboral (julio a septiembre del 2015), circunstancia que al tenor del artículo 128 del C.S.T., permite establecer que no es factor salarial y por tanto, no debía ser tenido en cuenta para estimar el valor de sus prestaciones sociales. Bajo tal entendido, no resulta procedente la reliquidación perseguida, y en consecuencia el análisis de la indemnización por no consignación de cesantías solicitada bajo el argumento del no pago de las cesantías con el salario realmente devengado.

Ahora y para resolver la apelación de la demandada ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S. frente a la condena impuesta por despido, debe iniciar la Sala por indicar que en tratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> *Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: “En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”(Negrilla de la Sala).*



Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*<sup>4</sup>, ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe 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”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-594 de 1997](#)).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión<sup>5</sup>, pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos<sup>6</sup>.

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada del

---

<sup>4</sup> Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

*“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:*

*“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”*

*“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”*

<sup>5</sup> Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

<sup>6</sup> SL 417 de 2021: *“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”*

demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual el actor dio terminación al contrato de trabajo (pág. 92 Archivo 02 expediente digital), en la cual expresó:

Bogotá 06 enero 2017.

Señores: Apoyo Temporal- Recurso Humano

Señores por medio de la presente me permito comunicarles que he decidido dar por terminado a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito entre APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO, por JUSTA CAUSA imputable a la empresa.

Se funda esta decisión en lo preceptuado en los artículos 57, 62, 65 y 66 del Código Sustantivo de Trabajo, así mismo en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. Ya que la empresa de manera reiterativa ha incumplido con sus obligaciones legales que me perjudican gravemente.

Las causales en mención se fundan en los siguientes hechos:

Los últimos tres contratos celebrados con la empresa -antes del actual-, con vigencia de un (1) año cada uno y con fecha de inicio el primero de estos el 1° de octubre de 2013 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2014, del segundo con fecha 1° de octubre de 2014 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2015 y el tercero 1° de octubre de 2015 y fecha de terminación del 30 de septiembre de 2016. Han presentado cada uno de ellos MORA INJUSTIFICADA en el pago de su respectiva liquidación con lapsos de mora de más de ocho (8) meses, doce (12) meses y dos (2) meses respectivamente para cada contrato. A pesar de los meses de mora la liquidación que paga la empresa no contempla ninguna clase de remuneración o emolumento por el tiempo en mora.

En los términos anteriores dejo sustentada la decisión acá tomada.

Comedidamente solicito se me entregue la orden para los exámenes médicos de retiro.

Atentamente,



NOMBRE: Leopoldo Leal Rojas  
CC: 82.370.130 Bta  
CELULAR: 313 237 28 31  
EMAIL: leopoldo1026@gmail.com  
DIRECCIÓN: Cra 15 B H 4 C 40 Soacha.



Dicha misiva fue remitida al GRUPO ALIANZA a la dirección CRA 15 BIS 39 A 27 (Pág. 91 Archivo 02 expediente digital)

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|-------------|---------------------|-----------|------------------------|---------|--------------|-------------|----------------|----------------|
|  <p>ENTERRACDISIMO S.A.<br/>NIT: 900251569-7<br/>Fecha y Hora de Adhesión:<br/>07/01/2017 13:08 p.m.<br/>Número de Adhesión:<br/>11/01/2017 06:00 p.m.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <p>Factura de Venta No.</p>  <p>700011455624</p>                                                                                                                                                                                                                              |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| <p><b>CAS1000</b></p> <p>DESTINATARIO</p> <p><b>BOGOTÁ\CUND\COL</b></p> <p><b>GRUPO ALIANZA - CC 0</b></p> <p><b>CR 15 BIS 39 A 27</b></p> <p><b>3132372831</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <p><b>NOTIFICACIONES</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| <p><b>DATOS DEL ENVÍO</b></p> <p>tipo de empaque: <b>SOBRE MANILA</b></p> <p>Valor Comandat: <b>\$ 5.000,00</b></p> <p>Nº de esta Fianza: <b>-1</b></p> <p>Pago por Valores en: <b>0</b></p> <p>Peso en Kilos: <b>1</b></p> <p>Bolsa de seguridad:</p> <p>Casa Cargadora:</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <p><b>DETALLADO DEL ENVÍO</b></p> <p><b>Notificaciones</b></p> <table><tr><td>Valor del transporte:</td><td>\$ 9.000,00</td></tr><tr><td>Valor sobre Fianza:</td><td>\$ 100,00</td></tr><tr><td>Valor otros conceptos:</td><td>\$ 0,00</td></tr><tr><td>Valor total:</td><td>\$ 9.100,00</td></tr><tr><td>Forma de pago:</td><td><b>CANTADO</b></td></tr></table> | Valor del transporte: | \$ 9.000,00 | Valor sobre Fianza: | \$ 100,00 | Valor otros conceptos: | \$ 0,00 | Valor total: | \$ 9.100,00 | Forma de pago: | <b>CANTADO</b> |
| Valor del transporte:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | \$ 9.000,00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| Valor sobre Fianza:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | \$ 100,00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| Valor otros conceptos:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | \$ 0,00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| Valor total:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | \$ 9.100,00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| Forma de pago:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>CANTADO</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| <p><b>DOCUMENTO</b></p> <p><b>REMITENTE</b></p> <p><b>LEOPOLDO LEAL ROJAS</b> CC: 80370130</p> <p><b>CR 5 46-21</b></p> <p><b>3132372831</b></p> <p><b>BOGOTÁ\CUND\COL</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <p>Nombre y sello</p> <p>X</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |
| <p><small>Como remitente de Cero que este envío no contiene drogas en efectivo, papeles, valores negociables u otros valores prohibidos por la ley y el valor efectivo del envío es el que corresponde a la cantidad en este documento y por lo tanto se entrega AUTOCASADO S.A. en caso de dolo o fraude. Acepto las condiciones, cláusulas en el contrato de prestación de servicios de mensajería y entrega de valores en efectivo en la oficina de mensajería de la empresa y en el punto de venta.</small></p> <p><input type="checkbox"/> Observaciones:</p> <p><b>RECLAMA EN PUNTO - SIN VERIFICAR CONTENIDO</b></p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                       |             |                     |           |                        |         |              |             |                |                |

No obstante, lo primero que evidencia esta Corporación es que tal documental no tiene constancia de recibido por ninguna de las empresas aquí accionadas, aunado a que la dirección a la que se remitió tampoco corresponde a la de notificaciones judiciales de las mismas, según los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente así (Archivo 02 expediente digital):

- Escenografías y Montajes S.A.S.: Calle 20 A # 96B – 66 (pág. 30).
- Apoyo Temporal Recurso Humano Ltda.: Cra 16 # 96-14 of. 303 (pág. 35)
- Alianza Enlace Temporal S.A.S.: Calle 93 Bis # 19 29 of. 202 (pág. 39)
- Alianza Temporal Recurso Humano S.A.A.: Cra 16 # 96-14 of. 303 (pág. 43)

Razones por las cuales lo primero que se advierte por esta Colegiatura es que la renuncia del promotor del litigio no fue notificada a su empleador, por lo atrás señalado, lo que quiere decir que el señor LEOPOLDO REAL ROJAS no cumplió con la primera de sus cargas probatorias relacionada con la acreditación de la notificación de su renuncia a su empleador.

Ahora y solo en gracia de la discusión de entenderse que sí fue recibida, pues tal situación no es objeto de reproche en la apelación, se tiene que los motivos invocados, esto es, que la liquidación de prestaciones sociales de los contratos terminados el 30 de septiembre del 2014, 30 de septiembre del 2015 y 30 de septiembre del 2016 (que se pueden ver en las páginas 82 y 83 del Archivo 02 expediente digital) no fueron cancelados en dichas datas sino que presentaron mora por *“más de ocho (8) meses, doce (12) meses y (2) meses respectivamente para cada contrato”*, no fueron debidamente probados al interior de este juicio, en tanto no existe prueba de la fecha en la cual efectivamente fueron pagadas dichas liquidaciones, para así establecer si en efecto ocurrió dicha mora, lo único que existe al respecto son la meras afirmaciones del actor que anota en el libelo (hechos Nos. 9, 10 y 11 págs. 9 y 10 ibídem), sin que puedan tenerse en cuenta por esta Sala de decisión pues es claro que nadie puede fabricar su propia prueba.

Sumado a todo lo anterior el actor en el interrogatorio de parte absuelto en audiencia del 23 de septiembre del 2020 (record: 1:41:00 en adelante) refirió que

si le fueron canceladas las liquidaciones de las prestaciones sociales de los citados contratos y que la renuncia se dio en razón a que se sentía mal porque no le liquidaban horas extras pese a que le exigían una hora de entrega de su trabajo, indicando que dicho escrito no fue recibido personalmente por la empresa Alianza Temporal Recurso Humano S.A.S.

Razones por las cuales, teniendo en cuenta el análisis del material probatorio relacionado en precedencia, en el que se concluyó la falta de prueba respecto del pago inoportuno de la liquidación de sus prestaciones sociales, puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron y por ende se ha de entender que su renuncia fue voluntaria.

Ahora y en cuanto al argumento de la inmediatez alegado en la alzada, se tiene que en efecto la renuncia presentada por el accionante adoleció de la misma, pues las razones que justificaron su terminación no fueron expuestas en debida oportunidad, en tanto según lo dicho por el accionante trascurrieron 8 meses, 12 meses y 2 meses para el pago de las liquidaciones de los contratos que terminaron en 2014, 2015 y 2016, presentando la renuncia solo hasta el 6 de enero del 2017. Téngase en cuenta que el trabajador que alega un despido indirecto o una renuncia justificada, debe someterse al principio de inmediatez entre el momento en que ocurren los hechos que aleja para renunciar, y la fecha en que presenta la renuncia.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral en sentencia SL1455-2019 Rad. 61750 del 24 de abril del 2019 señaló:

*“...esta Corporación ha aplicado el mismo criterio de la inmediatez para la decisión de conflictos jurídicos originados en la decisión del trabajador de poner fin al contrato por causa imputable al empleador.*

*Sobre el particular, cumple recordar lo enseñado por la Sala de Casación Laboral en sentencias, en sentencias CSJ SL 26 jun. 2012, rad. 44155, CSJ SL 16 jun. 2011, rad. 41271, y recientemente en la CSJ SL 2412-2016, en la que señaló:*

*Al margen de lo anterior, y frente a la discusión planteada por el censor, esto es, que en el sub lite no resulta viable aducir la falta de inmediatez entre el hecho generador de la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y la respectiva renuncia, debido a que no existe disposición alguna que establezca un límite para el efecto, por cuanto los contratos de trabajo son de tracto sucesivo, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones:*

*El contrato de trabajo, puede terminar previamente a la fecha prevista por las partes para su finalización, vía del mutuo acuerdo o por decisión de una de las partes y, en este último evento, lo puede ser con justa o sin justa causa, denominándose despido, cuando así lo determina el empleador y, renuncia, cuando quien adopta la decisión es el trabajador.*

*Empero, existen ocasiones en la que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido – indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.*

*Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.*

***Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.***

***Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.***

***No obstante lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada.*** (Negrillas fuera de texto)

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta desacertada la decisión de la a quo, en cuanto a la condena impuesta por indemnización de que trata el art. 64 del CST, pues se itera no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión del demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar absolver a la demandada ESCENOGRAFIAS Y MONTAJES S.A.S. y por ende a las demandadas solidarias, de la condena impuesta en primera instancia.

**COSTAS** las de primera y segunda instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

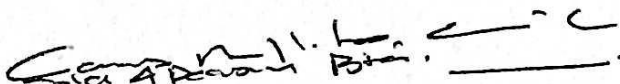
**PRIMERO: REVOCAR** los numerales **SEGUNDO, CUARTO y QUINTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, y, en su lugar, **SE ABSUELVE** a ESCENOGRAFIAS y MONTAJES S.A.S, APOYO TEMPORAL RECURSO HUMANO LTDA, ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S. y ALIANZA TEMPORAL RECURSO HUMANO S.A.S. de las condenas impuestas, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo de primera instancia.

**TERCERO: COSTAS** las de primera y segunda instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GISELLA VARGAS  
LASSO CONTRA GAIA PROJECTS S.A.S. (RAD. 19 2018 00581 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 1º 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 al recurso de apelación presentado por la demandante y la empresa demandada contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de agosto de 2022 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, (4. Cd. fl. 175, récord 34:15), en la que se resolvió:

*” **PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora GISELLA VARGAS LASSO que se identifica con la cédula 52.034.984 y la empresa GAIA PROJECT S.A.S de NIT 900.858.788-2 existió un vínculo laboral regido por el contrato de trabajo a término indefinido, extremos 16 de febrero 2017 al 26 de febrero 2017 (sic), conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa GAIA PROJECT S.A.S a reconocer y pagar en favor de la aquí demandante GISELLA VARGAS LASSO las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:*

*Prima de servicios: \$1.494.306.*

*Cesantías: \$1.494.306.*

*Intereses sobre las cesantías \$184.796.*

*Compensación de vacaciones \$747.153.*

**TERCERO: CONDENAR** a la empresa GAIA PROJECT S.A.S a reconocer y pagar en favor de la aquí demandante el pago de los aportes para pensión solicitados por la demandante, 16 de febrero 2017 al 26 febrero 2018, fecha hasta la cual se demostró la relación laboral, los valores que deberán ser consignados al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la señora GISELLA VARGAS LASSO, tomando como ingreso base de cotización la suma de \$1.450.000, advirtiéndole que ese pago debe realizarse previo cálculo actuarial emitido por la administradora de pensiones en la que se encuentre pues cotizando la aquí demandante.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada empresa GAIA PROJECT S.A.S. a reconocer y pagar en favor de la demandante el pago de la indemnización por despido sin justa causa (sic) y por tal motivo se ordenará el pago del día de salario de mora también de \$48.333 diarios desde el 26 de febrero de 2018 hasta la fecha en que la demandada pague la obligación.

**QUINTO: CONDENAR** a la empresa GAIA PROJECT S.A.S. a pagar en favor de la demandante la suma de \$531.666 por concepto de la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo del artículo 99 de la ley 50 del 90, generado desde el 15 febrero de 2018 hasta el 26 de febrero de 2018, fecha de terminación del contrato.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada pues de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SEPTIMO (sic): AUTORIZAR** a la demandada a descontar de la condena impuesta el valor del depósito judicial que es por valor de \$343.956, para lo cual se dispone pues sea entregado a la aquí demandante la señora GISELLA VARGAS LASSO.

**OCTAVO:** Las costas están a cargo de la parte demandada, sean tazadas por la Secretaría del despacho.”.

En primera medida, contra la decisión de primera instancia la parte demandante presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad con relación a la pretensión dirigida al acoso laboral del cual fue víctima en vigencia de la relación, hecho que, en su sentir, quedó demostrado con los testigos recepcionados, quienes manifestaron que sí se dieron las situaciones narradas en el libelo, soportándose además en la citación del Ministerio de Trabajo, por ende, resalta, se causaron las actuaciones de acoso de orden psicológico y se debe acceder a la indemnización solicitada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> **Apoderado demandante (Récord 37:00, archivo ART 80 CPTS SS ORDINARIO 581-2018-20220810\_175457-Grabación de la reunión):** Su señoría no hizo pronunciamiento con relación al acoso laboral el cual se probó y ya los declarantes manifestaron que si se daba esa situación y hubo la prueba de la citación a la oficina de trabajo del cual el señor nunca hizo presencia y por ello la entidad puso eso, yo pedí esa situación, en cuanto a ese punto, con relación a todo lo que falló su señoría estoy conforme, solo apelo con relación a ese punto para que se tenga en cuenta en la sentencia, todo porque



Por su parte el apoderado de la empresa demandada GAIA PROJECT S.A.S., manifestó su inconformidad frente al pago de las prestaciones sociales desde el 16 de febrero del 2017, advirtiendo que la empresa si pagó los conceptos condenados por la A quo, textualmente alegó:“... a ella se le se le vino pagando seguidamente dentro de su salario”, aunado a esto expuso, existe prueba del pago efectuado a través de un depósito judicial por valor de \$343.000, en consecuencia, no hay lugar a reconocer los conceptos que suman un total de \$3.560.000, aproximadamente.

De igual forma, manifestó su inconformidad con la sanción que se aplicó por el no pago de las cesantías equivalente a \$43.000 pesos diarios desde el 26 de febrero del 2018, toda vez que el empleador de buena fe consignó los títulos judiciales ante el juzgado, presumiéndose la buena fe de la empresa conforme lo ha constatado y ha ratificado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Respecto al acoso laboral reclamado, resaltó la falta de prueba relacionada con la afectación psicológica al no existir un dictamen psicológico, psiquiátrico o tratamiento efectuado por una EPS que soporte las conductas de acoso.

Finalmente, en cuanto a la condena dirigida al cálculo actuarial de los aportes a pensión sobre un ingreso Base de Cotización -IBC- (\$1.450.000), afirmó que los mismos se deben hacer teniendo en cuenta la suma de \$1.200.000 ya que fue el monto remunerado a la demandante en la realidad y no el establecido por la juez de primer grado<sup>2</sup>.

---

*existen elementos que demuestran que sí hubo el acoso laboral de orden psicológico que ya está aceptado por la preceptiva legal al respecto, eso es todo su señoría.*

<sup>2</sup> **Apoderado GAIA PROJECT S.A.S. (récord 41:54, ibidem):** Vale su señoría, muchas gracias por repetirme el resuelve, muchas gracias su señoría yo hago el uso del recurso de apelación, toda vez que no nos encontramos conforme con la decisión adoptada por el despacho, por cuanto a la señora Gisela Vargas si se le pagó todas las prestaciones sociales y correspondiente al trabajo que presentó desde el 16 de febrero del 2017 si, se le pagó, a ella se le se le vino pagando seguidamente dentro de su salario, también se le pagó las prestaciones sociales ahí cómo se avizora en el título judicial que se allegó al despacho, por cuanto no tiene que ser pagado las prestaciones sociales que condenan su señoría a que suman alrededor de \$3.560.000, que no es la realidad, sino que la suma de \$343.000 que se encuentran en el despacho, a su vez su señoría esta parte no se encuentra conforme con la sanción que se aplicó por el no pago de las cesantías de \$43.000 desde el 26 de febrero del 2018, toda vez que el empleador de buena fe consignó las los títulos judiciales ante el juzgado, sí ante el juzgado en depósitos judiciales por ello su señoría se presume la buena fe como así lo ha constatado y lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral.

Su señoría en cuanto a la súplica y que solicita el abogado de la parte demandante, en cuanto al acoso laboral no se tiene certeza ni la prueba de ello que haya una afectación psicológica, pues no se arriman

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 GISELLA VARGAS LASSO las pretensiones elevadas en la página 7, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 5 a 7 (archivo 1. PROCESO 2018-581.pdf), solicitando se declare la existencia de un contrato de trabajo y como consecuencia de esto, se condene al reajuste de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social integral, indemnización por despido prevista en el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria del art 65 del C.S.T., sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, intereses de mora, indemnización por acoso laboral, condenas extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a las aspiraciones de la demandante,** pues se accedió a la declaratoria de contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero 2017 al 26 de febrero 2018 y como consecuencia de ello, condenó a la empresa GAIA PROJECT S.A.S. a reconocer y pagar en favor de la aquí demandante prestaciones sociales, compensación de vacaciones, pago de aportes a pensión entre el 16 de febrero 2017 al 26 febrero 2018, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, concepto que si bien se analizó en la parte considerativa lo cierto es que en el numeral 4º de la parte resolutive no se plasmó la suma ordenada pagar por la A quo, así como este numeral no fue objeto de aclaración por ninguna de las partes de la litis ni de recurso.

Retomando, la juzgadora condenó al pago de la indemnización moratoria en cuantía de \$48.333 diarios desde el 26 de febrero de 2018 hasta la fecha en que la demandada pague la obligación, la suma de \$531.666 por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías generado desde el 15 febrero de 2018 hasta el 26 de febrero de 2018, costas y agencias en derecho. A su vez autorizó a la demandada a descontar de la condena impuesta el valor del

---

*dentro del plenario del proceso ningún dictamen psicológico, psiquiátrico o tratamiento ante una EPS que a ella le haya afectado por ese acoso laboral, de tal manera su señoría esta súplica solicitada por la parte demandante no tiene que llevarse adelante dentro del proceso, de igual manera su señoría en cuanto a el cálculo de la pensión su señoría no sé tomen la suma de \$1.400.000 sino la suma de \$1.200.000 que fue la que se le vino pagando a la parte demandante y pues que en últimas también fue pagada dentro de las prestaciones sociales y en el depósito judicial, no es más su señoría muchas gracias*

depósito judicial por un total de \$343.956 y absolvió a la demandada de las demás condenas incoadas en su contra.

Lo anterior, por cuanto la juez de primera instancia consideró que en aplicación al principio de la realidad sobre las formas entre las partes existió una verdadera relación laboral en forma continuada, por lo que, apoyándose en las reglas de la lógica y sana crítica, soportó su decisión en las declaraciones de los testigos Graciela Rodríguez y Jaime Cruz, quienes en su condición de trabajadores del señor Juan Carlos Palacios Campuzano, representante legal y propietario de la demandada conocieron los hechos ventilados en este proceso por el conocimiento directo al haber sido cercanos del trabajo de la demandante.

Seguidamente consideró, las demás pruebas que obran dentro del expediente dan cuenta de la existencia de un contrato civil de prestación de servicios suscrito desde el 16 de febrero de 2017 al 15 de mayo de la misma anualidad, no obstante, razonó, se trata esta litis de un verdadero contrato laboral a término indefinido ejecutado desde el extremo inicial en mención hasta el 26 de febrero 2018 al existir una prestación de servicios de manera personal y el cumplimiento de un horario de lunes a sábado, pues, pese a suscribirse un contrato civil de prestación de servicios inicialmente, evidenció la falladora la existencia de la continuada subordinación y dependencia en aplicación a lo dispuesto por la Corte Constitucional, la cual surge como una diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios al acreditarse la existencia del trabajo subordinado dependiente y la fijación del horario de trabajo, generando esto el pago de las prestaciones sociales así se le haya dado la denominación de un contrato de servicios independiente.

Así las cosas, tuvo por acreditado que la demandante prestó los servicios para la sociedad demandada, situación que fue ratificada por el representante legal en la declaración de parte al manifestar que tenía funciones asignadas en la oficina ubicada en la ciudad de Bogotá, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m. y algunos sábados hasta el mediodía, concluyendo que la actora no actuó con independencia técnica en la autonomía administrativa no resultando lógico ni razonable que en desarrollo de un

contrato civil se imponga esta clase de obligaciones, lo que conllevó a declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 2017 y el 26 de febrero 2018.

Concordante con lo anterior, indicó que la demandante devengaba un salario básico de \$1.200.000 más una comisión del 2% generando un promedio mensual de \$250.000 (\$1.450.000 total), tal como se afirmó en la demanda, resaltando que dicha comisión no fue desvirtuada por la empresa demandada como carga procesal, estableciendo como salario mensual devengado por la actora la suma de \$1.450.000 mensuales, procediendo a efectuar la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones sobre este monto, arrojando las siguientes sumas: prima de servicios \$1.494.306, cesantías \$1.494.706, intereses sobre las cesantías \$184.196 y compensación de las vacaciones \$747.153.

Frente a la indemnización por despido injusto, encontró procedente condenar al pago de \$1.450.000 dado que la relación laboral terminó por decisión de la empresa empleadora tal como consta con la carta de terminación del contrato de trabajo, correspondiéndole a la enjuiciada de acuerdo con los principios de la carga de la prueba acreditar que el despido se hallaba amparado por una justa causa. Al respecto, observó la misiva aportada al proceso concluyendo que la demandada alegó terminar la relación laboral de forma unilateral debido a la “injuria y calumnia”, sin embargo, apreció, no se relacionó la justa causa para terminar el contrato de trabajo, indicando cuáles fueron las razones por las que se tomó la decisión de poner fin a la relación, condenando a pagar 30 días del salario. Sea del caso reiterar, la condena por este concepto no se plasmó en la parte resolutive, numeral 4º de la sentencia.

De cara a la pretensión de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., expuso, la parte pasiva no demostró de manera alguna el motivo justificado por el cual no canceló las acreencias a la demandante, situación que configura mala fe por parte del empleador por lo que impuso esta sanción y ordenó el pago de un día de salario por cada día de mora, consistentes en \$48.133 diarios desde el 26 de febrero de 2018 hasta la fecha en que el demandado pagará la obligación toda vez que si bien se constituyó el depósito

judicial No. 400100006573944 por valor de \$343.000 dicho concepto no cubre la totalidad la liquidación a la que tiene derecho la demandante.

Consecuente con la condena que antecede, la juzgadora condenó al pago de la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo liquidado entre el 15 febrero 2018 hasta el 26 de febrero 2018, en la suma total de \$531.666.

Finalmente, con relación a los aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social Integral, informó que le corresponde al empleador sufragar los mismos con destino al subsistema de pensiones a título de cálculo actuarial y sobre un Ingreso Base de Cotización – IBC- de \$1.450.000 al haber sido el salario probado en este proceso.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la empresa enjuiciada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** desde el 16 de febrero de 2017 al 26 de febrero de 2018, pues no fue objeto de inconformidad, ya que las partes no atacaron dicha declaración, aceptándose con ello la existencia del contrato de trabajo.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de la demandada y parte demandante.

De la revisión de la sentencia la Sala observa que la juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda de forma parcial, en consecuencia, la demandante resultó inconforme y presentó el recurso de apelación con el fin

de obtener el pago de la indemnización como consecuencia de las conductas de acoso laboral.

Por su parte, la empresa demandada solicitó se revoque las condenas dirigidas al pago de prestaciones sociales y aportes a pensión sobre un salario de \$1.450.000, solicitando se ordene liquidar con base en el salario que ascendió a \$1.200.000 al ser la verdadera remuneración de la demandante. Igualmente, atacó la sanción moratoria e indemnización prevista en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T. al no existir mala fe de la empresa.

Así las cosas, sobre estos puntos versará el estudio de esta instancia.

En primer lugar y previo a verificar la procedencia de las súplicas de la empresa encartada, conviene establecer cuál era el salario devengado por la demandante en vigencia de la relación laboral, para entrar a verificar el pago de las prestaciones sociales y aportes pensionales a cargo de la sociedad **GAIA PROJECT S.A.S.**, en atención a que la sociedad adujo que la demandante devengaba la suma de \$1.200.000 y no la establecida por el despacho, esta es, \$1.450.000.

Pues bien, a efectos de establecer el salario devengado por la actora se evidencia que en el hecho décimo de la demanda se sostiene<sup>3</sup> *“Su labor desempeñada era remunerada con un básico en su salario de \$1.200.000 mensual, más comisión del 2% generando un promedio mensual de \$ 250.000”*. A su vez la parte demandada al contestar este hecho indicó: *“no es cierto, por cuanto en los contratos se puede apreciar cómo se encontraba estipulado el salario que la demandante devengaba, y no como lo quiere hacer ver el apoderado de la demandante al manifestar que existía una bonificación de 2 % sobre el salario.”*.

De la prueba documental se evidencia el contrato de trabajo suscrito en mayo de 2017 y que reposa en la página 14 del archivo digital, donde las partes pactaron en la cláusula quinta, lo siguiente:

*“QUINTA. - SALARIO: EL EMPLEADOR pagará a título de salario a EL TRABAJADOR, la suma de Setecientos treinta y siete mil setecientos diecisiete pesos moneda corriente (\$737.717), más auxilio de transporte Ochenta y tres mil*

---

<sup>3</sup> (página 8. Archivo 1proceso 2018-00581).

*ciento cuarenta pesos moneda corriente (\$83.140) y una bonificación de ciento setenta y nueve mil ciento cuarenta y tres pesos moneda corriente (\$179.143). Mensuales, pagaderos por quincena vencida los días 15 y 30 de cada mes, sumas que serán consignados en cuenta de ahorros que para el efecto abrirá EL TRABAJADOR.”.*

Es decir, para el año 2017 se pactó un salario equivalente al mínimo legal más la suma de \$179.142 a título de bonificación.

Ahora, mediante otrosí suscrito el 15 de abril y 11 de noviembre de 2017, las partes acordaron (página 16 y 17 ibidem):

*“QUINTA. - SALARIO: EL EMPLEADOR, p a g a r á a título de salario a EL TRABAJADOR, la suma de Setecientos treinta y siete mil setecientos. diecisiete pesos moneda corriente (\$737.717), más auxilio de transporte Ochenta y tres mil ciento cuarenta pesos moneda corriente \$83.140) y una bonificación de Ciento Setenta y nueve mil ciento cuarenta y tres pesos moneda corriente (\$279.143) (sic) a partir del día cinco (5) del octubre de 2017, Mensuales, pagaderos por quincena vencida los días 15 y 30 de cada mes, sumas que serán consignados en cuenta de ahorros a nombre EL TRABAJADOR.*

*Ya partir del mes de agosto pagará a título de comisión, por recaudo de cartera Administración, Portal la Esmeralda SAS, el 10% correspondiente sobre el valor cobrado durante el mes pagaderos por quincena vencida los días 15 y 30 de cada mes, sumas que serán consignados en cuenta de ahorros a nombre del TRABAJADOR.”.*

Aunado a lo anterior, se aportaron cuentas de cobro (página 43 y 47, ibidem), de fechas 15 de febrero de 2018 y 30 de noviembre de 2017, en las que se reclama el pago de unas comisiones a la empresa **EL PORTAL LA ESMERALDA**, identificada con NIT. 900948585-0, sociedad que no hace parte de esta litis, por tanto, no tiene incidencia alguna que la demandante haya recobrado dineros a dicha sociedad, lo que obliga restarle valor probatorio en esta litis.

De igual forma, obra en el plenario los aportes efectuados por la empresa demandada (página 54 y 56, archivo 1, proceso 2018-‘0581), a través del Operador Aportes en Línea y con destino a la demandante sobre la base de 1 smmlv para el periodo diciembre de 2017, sin que existan más pruebas al respecto.

Aunado a esto, en el interrogatorio de parte recaudado al representante legal de la demandada éste manifestó que el salario devengado por la actora era superior al salario mínimo legal, sin informar concretamente el monto<sup>4</sup>.

La demandante en su interrogatorio expuso,<sup>5</sup> que le pagaban la suma de \$1.200.000 y los aportes los hacía la empresa sobre el salario mínimo, pese a que ganaba más de \$1.200.000 más comisión, no obstante esto, la Sala no encuentra ningún otro medio de prueba que permita determinar de manera clara que la demandante sí devengaba la suma de \$1.450.000, tal como lo estableció la juzgadora de primer grado, pues no se puede comprobar cuáles fueron las comisiones causadas mensualmente en la suma de \$250.000.

---

<sup>4</sup> **Interrogatorio RL Demandada (récord 39:36 a 50:56), audiencia.mp4**: “Tengo 39 años, soy soltero, soy RL de la empresa y propietario, la empresa desarrollar proyectos, el domicilio es Bogotá conozco a Gisella hace 5 años, la presentaron para manejar un tema de proyecto, la contratación fue como prestación de servicios y luego fue indefinido en el 2017 y dejó de trabajar en el 2018, revisaba cartera, administración, las funciones eran en la autopista norte, tenía un horario de lunes a viernes, algunos sábados, no sé el salario, era más que el salario mínimo, los pagos a seguridad social fueron por el tiempo que tuvo el contrato, la prima, cesantías se consignaron, no recuerdo adonde, ya habíamos vendidos el proyecto y ella me pidió muchos permisos y empezó a ausentarse, esa fue una de las causales, los llamados de atención no recuerdo, la terminación del contrato fue por escrito, estoy casi seguro que sí, el pago de las prestaciones se consignaban en la cuenta Banco Agrario, le comunicaron a la ex trabajadora, eso lo hizo el Abogado, no sabía que me habían citado al Ministerio, no la despedí por injuria y calumnia, no denuncia”.

<sup>5</sup> **Interrogatorio Demandante, (récord 10:20 a 38:20)**: “Estoy trabajando en el área contable, vivo en Kennedy, yo estuve trabajando para GAIA, el trabajo fue desorganizado y me dieron responsabilidades, me asignaban muchas tareas y a pesar de eso di cumplimiento y trataba de evitar cosas, mi jefe me hacía quedar mal delante de la gente y todo el mundo tenía que enterarse de la comunicación, yo envié en el Ministerio de Trabajo la queja, la primera vez él no fue, luego lo volvieron a citar y me retiró de la empresa, el Ministerio dijo que me debía pagar y no me dio nada, lo hice todo por escrito, Ministerio me dijo que demandara porque no me habían pagado completo todo, el dijo que me mandaba el documento para pagarme la liquidación del Banco Agrario, yo cumplía mis funciones en Bogotá y en el Guamo estuve haciendo mis funciones para cosas de trabajo, la dirección es la 106, en el horario de 8 a 5pm y hacía horario adicional porque había cosas que entregar, yo me quedaba hasta tarde pero él decía que tocaba dejar las cosas para cumplir, el salario era de \$1.200.000, trabajé desde el febrero de 2018 a 2018, eso fue un año, solicité un permiso para atender una diligencia en la empresa, el permiso fue descontado, yo las diligencias las hacía cuando salía del trabajo, yo ingrese en febrero, yo llevaba contabilidad y trabajaba haciendo parte del archivo, eso era lo que se hacía, yo fue una vez a Ibagué de los clientes que tenía en el Guamo, esas eran las funciones de la empresa, me daban comisión por ventas, yo era Auxiliar Contable, hacía cartera, contabilidad, venta, archivo, lotes, ferias en ventas, cobranzas y hacía parte administrativa, hacía mucho de ese cargo, salía a comprar papelería y todo eso, del área administrativa habían muchas personas y retomaban el tema de la Compañía, me pagaban sobre el mínimo los aportes cuando yo ganaba un poco más que era \$1.200.000 más comisión, yo me puse al tanto para cobrar el recaudo, en junio y diciembre me pagaron arma de servicio, me pagaron parte de las cesantías, me pagaron la liquidación final y me llamaron para recibirla, por lo menos que me enviaran la liquidación, después de la queja al Ministerio me echaron al otro día, yo lo cite y me dijo que me echaba por injuria y calumnia, nunca me citaron a descargos, no tuve conocimiento de una denuncia en materia penal, el pago del título nunca se hizo efectivo, no pude reclamar el dinero, el título me lo allegaron el 26 de abril de 2018, después de la cita del Ministerio, en pensión tengo pagos a Protección.”.



Sea del caso precisar, si bien la demandante afirmó que durante la relación el salario fue de \$1.450.000, lo cierto es que, a la parte actora le corresponde cumplir con una carga procesal consistente en probar su dicho en virtud de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P. y ello no ocurrió.

De tal forma, la Sala valorando los medios probatorios, precisa que en el contrato de trabajo suscrito el día 16 de mayo de 2017, ya referido, de manera clara se pactó como retribución del servicio la suma de 1 smmlv (\$737.717) más la bonificación de \$179.143 para un total de \$916.860. Igual suerte, corren los otrosíes suscritos el 15 de abril y 11 de noviembre de 2017, al relacionarse los mismos montos y conceptos.

Con la planilla de pago de aportes correspondiente al periodo diciembre de 2017 se extrae que la base de cotización ascendió a 1 smmlv, por lo que, en principio, podría deducirse que la actora era remunerada con base en este monto. No obstante, no puede desconocer la Sala que el propio representante legal de la demandada al absolver interrogatorio afirmó que la señora **GISELLA VARGAS** devengaba un salario **superior al mínimo**, pues textualmente indicó: **“era más que el salario mínimo”**. A su vez, la encartada al sustentar el recurso de apelación, indicó estar en desacuerdo con el salario establecido por la A quo ya que, el verdadero salario ascendió a \$1.200.000<sup>6</sup>, situación que no se puede desconocer por esta Corporación al ser la propia empresa demandada quién asume un salario superior. Igualmente, este valor se tendrá como retribución durante todo el tiempo de vigencia de la relación laboral, esto es, 16 de febrero de 2017 al 26 de febrero de 2018, toda vez que la demandada no reprochó dicha situación.

Así las cosas, la Sala se aparta de la conclusión de la juez de primer grado y establece que la demandante devengó la suma de \$1.200.000.

Establecido lo anterior, como un punto de censura versa sobre el Ingreso Base de Cotización -IBC- a tener en cuenta para realizar los aportes pensionales de la demandante, la Sala indica que **MODIFICARÁ** la decisión de la juzgadora de

---

<sup>6</sup> “... de igual manera su señoría en cuanto a el cálculo de la pensión su señoría no sé tomen la suma de \$1.400.000 sino la suma de \$1.200.000 que fue la que se le vino pagando a la parte demandante y pues que en últimas también fue pagada dentro de las prestaciones sociales y en el depósito judicial, no es más su señoría muchas gracias”.

primer grado y. en consecuencia, la empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** deberá realizar dicho procedimiento registrando un Ingreso Base de Cotización equivalente a \$1.200.000, por tanto, para los periodos en que se efectuó el aporte sobre el salario mínimo legal se deberá corregir la planilla y reajustar el IBC teniendo en cuenta las diferencias causadas para el 2017 y 2018, así:

| INICIO PERIODO | FIN PERIODO | IBC REPORTADO | IBC REAL        | DIFERENCIA PILA MES |
|----------------|-------------|---------------|-----------------|---------------------|
| 16/02/2017     | 30/12/2017  | \$ 737.717,00 | \$ 1.200.000,00 | \$ 462.283,00       |
| 1/02/2018      | 26/02/2018  | \$ 781.242,00 | \$ 1.200.000,00 | \$ 418.758,00       |

Los pagos y correcciones pertinentes a efectuar por la empresa deberán estar comprendidos entre el 1º de febrero de 2017 y el 26 de febrero de 2018.

Ahora bien, consecuente con lo que antecede y atendiendo que la Juez de primer grado liquidó las prestaciones sociales de la demandante con base en un salario de \$1.450.000, suma que no esta acreditada en el plenario, por ende, procede la Sala a reliquidar las prestaciones sociales únicamente (cesantías, prestaciones e intereses sobre las cesantías) sobre la base de \$1.200.000, toda vez que la figura de las vacaciones no fue atacada por la empresa.

Hechas las anteriores consideraciones las sumas a pagar por la empresa demandada ascienden a los siguientes montos:

**CESANTIAS**

| CONCEPTO  | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL           |
|-----------|-----------------|------------|------------|------|-----------------|
| CESANTIAS | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 1.050.000,00 |
| CESANTIAS | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 186.666,67   |

**INTERESES A LAS CESANTIAS**

| CONCEPTO  | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL         |
|-----------|-----------------|------------|------------|------|---------------|
| INTERESES | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 110.250,00 |
| INTERESES | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 3.484,44   |

**PRIMA DE SERVICIOS**

| CONCEPTO           | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL           |
|--------------------|-----------------|------------|------------|------|-----------------|
| PRIMA DE SERVICIOS | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 1.050.000,00 |
| PRIMA DE SERVICIOS | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 186.666,67   |

Frente al argumento del pago completo de los anteriores conceptos y una vez se realizó la revisión detallada de los medios probatorios aportados en la contestación<sup>7</sup> y decretados en audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la S.S. surtida el 15 de mayo de 2019<sup>8</sup>, no se encontraron los soportes a los que alude el recurrente y con los que pretendía acreditar el pago de las prestaciones sociales objeto de condena, carga probatoria que debía asumir en los términos del art. 167 del C.G.P. que dispone: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Sea del caso indicar que no es atendible que la empresa recurrente alegue que los pagos por concepto de prestaciones sociales fueron satisfechos desde el 16 de febrero de 2017 al 26 de febrero de 2018, dado que, en primer lugar, si existió inicialmente un contrato civil evidentemente no se reconocieron estos rubros desde el 16 de febrero de 2017, lo que permite concluir que no se remuneró ningún concepto de carácter prestacional, mucho más, cuando en la contestación de la demanda, la sociedad encartada advirtió en el hecho 1º (página 165 y 171. Archivo 1 Proceso 2018-0581):

*“Es parcialmente cierto, pues si firmo un contrato de prestación de servicio, como se encuentra consignado en el acápite de pruebas de la parte demandante, y estos contratos se inicia como periodo de prueba, en donde el contratante le explica los términos y el tiempo del contrato, y ella lo acepta bajo l a s condiciones del mismo, como se estima en su correspondiente firma y aceptando las condiciones, contrato de prestación de servicios que inicio el 16 febrero de 2017 y culmino el 15 de mayo de 2017.”*

En vista de esto, es lógico que los pagos prestacionales causados entre el 16 de febrero al 15 de mayo de 2017 no se sufragaron. Asimismo, realizando la respectiva revisión del expediente, se constata que no existe prueba sobre el

<sup>7</sup> Página 171 a 178 contestación ibidem.

<sup>8</sup> Página 182, archivo, proceso 2018-0581 y CD.

pago de los periodos que fueron declarados por la A quo, siendo procedente modificar la condena impuesta, relacionando los valores advertidos en precedencia.

Aunado, frente al periodo causado desde el 16 de mayo de 2017 al 28 de febrero de 2018, se evidenció únicamente el depósito judicial No. 6571975 de fecha 26 de abril de 2018 por valor de \$343.000 por concepto de liquidación de prestaciones sociales, monto que no satisface las obligaciones surgidas con ocasión al contrato de trabajo aquí declarado.

Por otra parte, procede la Sala al estudio de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T y la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, advirtiendo que, al analizar el recurso de la demandada, se constata que afirmó: *"... esta parte no se encuentra conforme con la sanción que se aplicó por el no pago de las cesantías de \$43.000 desde el 26 de febrero del 2018, toda vez que el empleador de buena fe consignó las los títulos judiciales ante el juzgado, sí ante el juzgado en depósitos judiciales por ello su señoría se presume la buena fe como así lo ha constatado y lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral"*. Así las cosas, al no ser claro el concepto atacado y existir una mixtura de las 2 condenas, se analizará de manera conjunta la mala fe de la empresa.

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>9</sup>. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

<sup>10</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.*

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 de la actora durante la ejecución del vínculo laboral, esto es, desde el 16 de febrero de 2017 al 26 de febrero de 2018, 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 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 de esta indemnización.

Por ende, se itera al no evidenciarse una situación que enmarque a la empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** en el terreno de la buena fe resulta procedente acceder a la pretensión de la accionante, modificando la decisión de primer grado, ordenando el pago de un salario diario que asciende a **\$40.000 pesos diarios** desde el 27 de febrero de 2018 hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera (art. 65 C.S.T.), atendiendo que la demandante devengaba un salario superior al smmlv e interpuso la demanda el 06 de septiembre de 2018 (*página 1, archivo, 1.Proceso 2018-0581.pdf*).<sup>11</sup>

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

---

*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)."*

<sup>11</sup> \$1.200.000\*24= \$28.800.000.

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 efectúe 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 la empresa no 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. Por ende, se modifica la sanción impuesta por la A quo en el sentido de ordenar el pago total de **\$480.000** causados entre el 15 de febrero de 2018 al 26 de febrero de la misma anualidad.<sup>12</sup>

Por último, procede al Sala a resolver el único punto objeto de censura por parte de la demandante, consistente en la existencia de conductas de acoso laboral de carácter psicológico y el consecuente pago de la indemnización.

Al punto, se evidencia que la Ley 1010 de 2006, prevé un tratamiento sancionatorio cuando el acoso laboral estuviere debidamente acreditado, en tanto contempla como consecuencias que se tenga como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o al abandono del trabajo por parte del empleado, con presunción de justa causa de terminación del contrato por parte del trabajador y exoneración del pago del preaviso o como justa causa de terminación o no renovación del contrato, cuando el acoso fue ejercido por un compañero o subalterno y que la terminación unilateral del contrato carezca de todo efecto, cuando se termine unilateralmente dentro de los 6 meses siguientes a la petición o queja.

---

<sup>12</sup> \$40.000\*12=\$480.000.

Nótese bien, que la posibilidad de considerar el acoso como una causa de terminación del contrato, está limitada a los casos en que es el trabajador quien decide no continuar con su vínculo laboral, mas no cuando es el empleador quien decide no continuar con el convenio.

De otro lado y aun si en gracia de discusión, se pasará por alto lo anterior, es lo cierto que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía. Así, se tiene que no allegó medios de prueba que pudieran ser valorados en esta instancia para verificar la ocurrencia del pretendido acoso laboral de carácter psicológico.

Valorados los medios recaudados, es claro que solo se cuenta con las declaraciones de los señores **GRACIELA RODRIGUEZ**, quien afirmó<sup>13</sup> que conoce a Gisella Vargas hace unos 14 años al trabajar en la misma empresa, concretamente, frente a los presuntos maltratos por parte del Representante Legal de la demandada, señor Juan Carlos, indicó no constarle ningún hecho, pues básicamente sostuvo que solo se veían al salir porque tenían que cerrar todos el Edificio por temas de seguridad.

En igual sentido, el señor **JAIME ALBERTO CRUZ CIFUENTES**, argumentó<sup>14</sup> que desconoce cualquier situación de acoso laboral ya que nunca observó ninguna conducta de este tipo por parte del Representante de la empresa hacia la demandante.

---

<sup>13</sup> **GRACIELA RODRIGUEZ- récord 57:24 a 01:07:15, audiencia de pruebas.mp4:** “Conozco a Gisella hace unos 14 años si no es más, trabajaba en la empresa GAIA, desconozco cuando ingresó a la empresa, no me consta maltratos de parte de Juan Carlos, desconozco asignación salarial, no puedo decir que Juan Carlos no pagaba, no tengo nada que agregar, salíamos a la 5pm porque salíamos como cualquier empresa en el mismo piso del Edificio, no vi que Juan Carlos tratara mal a Gisella, desconozco detalles de desvinculación”.

<sup>14</sup> - **JAIME ALBERTO CRUZ CIFUENTES (récord 01:08:37 a 01:21:04, audiencia de pruebas.mp4):** “Soy Soltero, terminando estudios en derecho, soy empleado, vinculado en Alianza Inmobiliaria SAS, no tengo vinculo en GAIA, éramos vecinos de piso con la empresa, conozco a Gisella, me la cruzaba en la oficina cuando entraba y almorzaba a mediados del 2017 de abril o mayo a febrero de 2018, ella estaba en GAIA, solo sé que trabajaba ahí, los horarios eran de 8 am a 5 pm, compartíamos piso y al momento dela salida cerrábamos todos por seguridad, no conocí malos trataos de Juan Carlos de hecho quien estaba ahí era Gisella porque don Juan trabajaba en sus proyectos, siempre funcionaron las oficinas de GAIA, no es cucha e comentarios de pasillo del no pago de aportes ni evasión ni nada de eso, no sé el monto del pago de Seguridad Social, solo la veía no sé de decisiones administrativas ni nada de eso, el cargo que era es de cartera, miraba que los proyectos pagaran”.

De esta manera, a juicio de esta Sala resulta acertada la decisión de la A quo, en cuanto señaló que no se evidenció una conducta de acoso o mal tratamiento contra la actora, salvo sus propias afirmaciones y en ese orden se itera, no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, diferente a una supuesta “injuria y calumnia” dando lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Sumado a lo anterior, en cuanto a la pretensión dirigida a la indemnización por acoso laboral incoada en la demanda, se debe advertir, la demanda de acoso laboral tiene un trámite especial, regulado precisamente por dicha preceptiva, el cual difiere abiertamente del procedimiento ordinario laboral, por lo que no podría pretenderse una indemnización, derivada de un eventual despido injusto con fundamento en un acoso laboral por vía de un proceso ordinario laboral.

Sobre este trámite, al Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en sentencia SL429 de 2021, radicado No. 84137, precisó:

*“En lo que atañe a la solicitud de que se presumiera el acoso laboral, debe recordar la Sala que éste resulta improcedente, si se tiene en cuenta que el tema no puede resolverse a través de un proceso ordinario, sino especial y en tal medida, ni era viable pedirlo en esta misma acción, ni la Corte tiene competencia para estudiar esos asuntos, pues dada su naturaleza no son susceptibles del recurso extraordinario casación. En todo caso, su prescripción también sería trienal, por derivar del contrato de trabajo.”.*

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se modificará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**MODIFICAR** la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en los siguientes numerales:



**SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa **GAIA `PROJECT S.A.S.** a reconocer y pagar en favor de la aquí demandante **GISELLA VARGAS LASSO**, las siguientes sumas de dinero por:

**CESANTIAS**

| CONCEPTO  | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL           |
|-----------|-----------------|------------|------------|------|-----------------|
| CESANTIAS | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 1.050.000,00 |
| CESANTIAS | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 186.666,67   |

**INTERESES A LAS CESANTIAS**

| CONCEPTO  | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL         |
|-----------|-----------------|------------|------------|------|---------------|
| INTERESES | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 110.250,00 |
| INTERESES | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 3.484,44   |

**PRIMA DE SERVICIOS**

| CONCEPTO           | SALARIO         | INICIO     | FINAL      | DIAS | TOTAL           |
|--------------------|-----------------|------------|------------|------|-----------------|
| PRIMA DE SERVICIOS | \$ 1.200.000,00 | 16/02/2017 | 30/12/2017 | 315  | \$ 1.050.000,00 |
| PRIMA DE SERVICIOS | \$ 1.200.000,00 | 1/01/2018  | 26/02/2018 | 56   | \$ 186.666,67   |

Se **CONFIRMA** la condena de la compensación de vacaciones (\$747.153).

**TERCERO: CONDENAR** a la empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** a reconocer y pagar en favor de la aquí demandante el pago de los aportes comprendidos del 16 de febrero 2017 al 26 febrero 2018, valores que deberán ser consignados al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la señora GISELLA VARGAS LASSO, tomando como ingreso base de cotización la suma de \$1.200.000, asumiendo el valor las diferencias causadas para el 2017 y 2018, así:

| INICIO PERIODO | FIN PERIODO | IBC REPORTADO | IBC REAL        | DIFERENCIA PILA MES |
|----------------|-------------|---------------|-----------------|---------------------|
| 16/02/2017     | 30/12/2017  | \$ 737.717,00 | \$ 1.200.000,00 | \$ 462.283,00       |
| 1/02/2018      | 26/02/2018  | \$ 781.242,00 | \$ 1.200.000,00 | \$ 418.758,00       |

Lo anterior, más los intereses moratorios que liquide el Operador al existir afiliación.

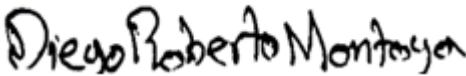
**CUARTO: CONDENAR** a la demandada empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** a reconocer y pagar en favor de la demandante la indemnización moratoria, consistente en el pago de un salario diario que asciende a **\$40.000 pesos diarios** desde el 27 de febrero de 2018 hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

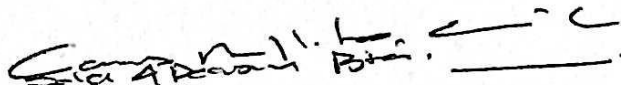
**QUINTO: CONDENAR** a la empresa **GAIA PROJECT S.A.S.** a pagar en favor de la demandante la suma de \$480.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 99 de la Ley 50 del 90, generado desde el 15 febrero hasta el 26 de febrero de 2018.

**SEXTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SÉPTIMO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YAZMINA DE LOS  
ANGELES DE VEGA ARIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA  
DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 19 2021 00228  
01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**AUTO**

Reconocer personería adjetiva al abogado ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1° de noviembre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 9, récord: 23:29*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de traslado a la señora Yazmina de Los Ángeles de Vega Ariza, identificada con la Cédula número 32731811, del régimen

de prima media con prestación definida, administrada por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS, que se identifica con el NIT 800138188-1 realizado el día 16 de diciembre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la aquí demandante, la señora Yazmina de Los Ángeles de Vega Ariza, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, desde el 24 de junio de 1994 hasta la actualidad, como si ya nunca. 91 perdón, hasta el otro día como si ya nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada, esto es, PROTECCIÓN S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Yazmina de Los Ángeles de Vega Ariza. Como son las cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y también el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones y sin que se descuenten los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, sumas que deben ser debidamente indexadas, y a COLPENSIONES le asiste la obligación de aceptar y de recibir dichas sumas.

**CUARTO:** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos. IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por lo tanto, se **REQUIERE** que COLPENSIONES para que, pues se actualice de la historia laboral de la parte demandante, una vez, reciba dicho traslado.

**QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas que han sido en su contra, como ya ha sido, por las razones expuestas.

**SEXTO:** Las costas están a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A, que serán tazadas por la Secretaría del despacho.

**SÉPTIMO:** Si no es apelada esta decisión se ordena remitir el expediente, al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que realice su grado jurisdiccional de consulta. La consulta procede toda vez que la decisión es adversa a los intereses de COLPENSIONES se notifica en estrados la presente decisión El Secretario Camilo Bermúdez Rivera.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES funda su reproche en que el deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario era la aceptación espontánea, libre y expresa de para trasladarse del régimen, la cual se manifiesta a través de la firma del formulario, lo que asegura en este asunto se dio a plenitud, según el formulario suscrito y firmado por la demandante, resaltando para la fecha de suscripción y firma del mismo no existía en la ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2079 del 2015 una doble asesoría para esos afiliados, considerando no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el orden jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa

el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad de interponer recursos, sino que la exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Señala que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes y las consecuencias se derivan de la celebración de ese acto jurídico, solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que Colpensiones no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada, por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP.

Manifiesta, la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 28 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, recordando la Ley 797 del 2003 hace una prohibición expresa de que 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 y así no generar un desequilibrio patrimonial. (*Exp. Digital: audio archivo 9, récord: 26:00*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Gracias doctora, muy amable. Su, Señoría, encontrándome en la etapa procesal pertinente, con el respeto que merece el despacho me permito interponer recurso de apelación contra el fallo emitido por el juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá, el cual sustentaré a continuación en honor a los magistrados. Es de manifestar mi reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues se fundamentó en la falta, del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario y pasando por alto que para la fecha de la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de una ciudadadana para trasladarse del régimen, la cual se manifiesta a través de la firma del formulario, lo que en este asunto se dio a plenitud, según sería el formulario suscrito y firmado por la demandante. Asimismo, cabe resaltar que, para la fecha de suscripción y firma, el formulario no existía en la ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2079 del 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP. Una doble asesoría esos afiliados, así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación., deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado, en este asunto, la Ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el orden jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste en solamente en la posibilidad de defensa, o en la oportunidad de interponer recursos, sino que la exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga. El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien, sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base en que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a que COLPENSIONES es un tercero en este asunto y se recuerda que los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes y las consecuencias se derivan de la celebración de ese acto jurídico, solo deben

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 6 y 7, del archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 7 y 9, ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del acto de afiliación por medio del cual se trasladó a la AFP, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN a trasladar a Colpensiones las cotizaciones o aportes, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas o gastos de administración, debidamente indexados sin que se realice descuento alguno, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita* o en subsidio solicita el pago de los perjuicios materiales, ocasionados con el traslado de régimen como lo es el lucro cesante, representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondería en el RPM y el valor de la mesada del RAIS**

---

repercutir sobre las partes involucradas, por lo que la entidad a la que representó no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada, por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP, y al transformar lo señalado por la Corte en la sentencia referidas en primera instancia. A este tipo de declaraciones encontramos que hasta el año 2016, los fondos privados, contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año de 1994 y 2016 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. Es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. Finalmente, pongo en consideración de los Honorables Magistrados que en este asunto la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 28 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada, con la decisión adoptada, esto en cuanto la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005 e igualmente, pues es de recordar el artículo dos de la Ley 797 del 2003, en el que se hace una prohibición expresa de que 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, no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto, debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual COLPENSIONES usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional, y así no generar un desequilibrio patrimonial expuesto lo anterior, los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar pensiones a su cargo. Esto se sustenta además con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004 y que, además, es reiterada en la C-062 del 2010. Ahora bien, en caso de que se llegará a confirmar la decisión por parte del Honorable Tribunal, luego se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que, está debe reintegrar a COLPENSIONES en la totalidad de la cotización que recibió. Por parte de la demandante esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al AFPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración en general, todos los aportes efectuados, por la accionante a la AFP, con el anterior dejo sustentado mi recurso reiterándoles a los honorables magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy y, en consecuencia, se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Muchas gracias su señoría.

proyectada hasta su expectativa de vida, como también el daño emergente que corresponde a las comisiones por administración que fueron cobradas durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS. **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, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Yazmina de Los Ángeles de Vega Ariza como las cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y también el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin que se descuenten los gastos de administración, señalando que dichas sumas que deben ser debidamente indexadas, igualmente señaló que dichos conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002<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 obra copia de la cédula de ciudadanía de la actora donde se registra como fecha de nacimiento el 3 de enero de 1970 (*Archivo 1 expediente digital* pág. 24), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de febrero del 2021 (*Páginas 102 a 107 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado al sistema 114,71 semanas (*Historia Laboral expedida* pág. 50 *expediente digital Archivo 3*), 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 **16 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de enero de 1995** (*Páginas 48 y 52 Archivo 3 expediente digital*) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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.

---

<sup>3</sup> Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

**Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.** En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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

**«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen**

*Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*

*Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

*De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

*Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen,

el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN antes 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 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 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

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***

---

*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.*

*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>5</sup> no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (*Página 48, Archivo 3 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

---

<sup>5</sup> Audiencia 27 de julio de 2022 récord: 17:24



no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones DAVIVIR hoy PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***

***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

*El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con*

Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...  
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

| Etapas 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<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de diciembre de 1994, efectivo el 1 enero de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, 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 Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades<sup>7</sup>, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

Igualmente, se encuentra acertada la decisión 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.

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 integridad 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 anotar, 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.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera apelado por Colpensiones, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES<sup>8</sup>, a favor de quien se surte la consulta (páginas 36 a 38, *Archivo 2 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 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 confirmará la decisión de primer grado.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

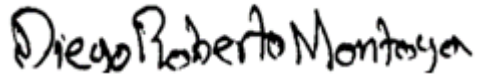
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

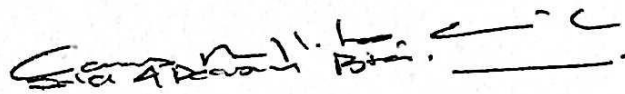
<sup>8</sup> Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 26 de noviembre de 2021 (*Archivo 2 expediente digital* págs. 46 y 47).

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN**



**CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**



**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL  
BOGOTÁ D.C.  
SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARIBEL ÁLVAREZ ARBOLEDA CONTRA INVERSIONES MDES S.A.S. Y MARIELA DE FRANCISCO MARTÍNEZ PÉREZ (RAD. 23 2020 00136 02).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose guardado silencio por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13, numeral 1º de la Ley 2213 de 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de septiembre de 2022 (archivo audiencia, audiencia Exp. 11001300502320200013600-20220905\_081857-Grabación de la reunión.mp4, récord 58:30 a 1:19:33), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante **CLARIBEL ALVAREZ ARBOLEDA** y la sociedad **MDES S.A.S** existieron contratos de trabajo a término fijo, el primero vigente entre el 16 de agosto del 2008 y el 31 de diciembre de 2008, el segundo 1º de julio del 2009 al 31 de diciembre del 2009, tercero 1º de julio del 2010 al 31 de julio del 2010, cuarto 15 de julio del 2015 al 31 de diciembre del 2015, quinto 1º de enero del 2016 al 15 de julio del 2016, sexto 16 de julio del 2016 al 15 de enero del 2018, séptimo 16 de enero del 2018 al 31 de diciembre del 2018, octavo 1º de enero del 2019 al primero de noviembre del 2019 y último noveno 2 de noviembre del 2019 al 7 de febrero del 2020.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la sociedad demandada **MDES S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas en la demanda por parte de **CLARIBEL ALVAREZ ARBOLEDA**, conforme a lo considerado.

**TERCERO: ABSOLVER** a **MARIELA DE SAN FRANCISCO MARTÍNEZ PÉREZ** de las pretensiones incoadas por la demandante.

**CUARTO: COSTAS** a cargo de la demandante.

**QUINTO:** De no ser apelada la presente sentencia, se ordena se surta el grado jurisdiccional de consulta y se revise la totalidad de la decisión en favor de la



señora demandante, dado que las resultas del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones”.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria<sup>1</sup>. En sustento de ello refirió,

---

<sup>1</sup> **Apoderada demandante (1:19:39 a 1:33):** Gracias su señoría, es entendible que en un momento determinado se recurra efectivamente a las normas del Código General del Proceso para imponer las diferentes cargas de la prueba que ocupan a todos y cada uno de los intervinientes en un proceso judicial, no obstante lo efectuado o lo generado en este caso la carga de la prueba en determinadas situaciones se puede distribuir y específicamente en materia laboral teniendo en cuenta que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, el Código Sustantivo de Trabajo y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corrijó, permiten que esta carga sea distribuida frente a la persona que le queda más fácil probar una situación de hecho para efectos de demostrar el supuesto hecho en el cual fundamenta sus pretensiones, debemos y para el estudio del recurso de apelación de la sentencia tener en cuenta los elementos de procedencia de la sustitución patronal que fue determinada por este despacho judicial, de conformidad con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, se establecen los siguientes requisitos, es un requisito esencial, entonces el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo regula lo relacionado con la sustitución patronal y en esta se indica que se cambia un empleador por otro por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento es decir en cuanto este no sufra variaciones en el giro de sus actividades o sus negocios y dicho sea de paso que es un tema que llama poderosamente la atención a la suscrita apoderada que el señor Miguel Alberto Cruz Rodríguez identificado con cédula 80.018.527 es copropietario con el señor Adonai Piamonte según certificado de tradición de libertad del 9 de marzo de 2021 del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C 30 48 donde actualmente funciona el motel Phoenix que eventualmente puede generar ciertas suspicacias en cuanto al manejo que se le ha dado a esta situación en particular, no obstante lo anterior y enfocándonos en el punto que aquí nos ocupa, la sustitución patronal conlleva no solamente a la cesión de los contratos de trabajo, sino que adicional a ello pues el empleador anterior si debe emitir o entregar a ese nuevo empleador toda la documentación que en su poder reposa frente a ese contrato de trabajo, que si bien es cierto se manejó por diferentes épocas según lo que eventualmente se estableció documentalmente en el proceso pero que no obedece a la realidad porque fue una sola relación laboral, el señor Adonai Piamonte sí tenía efectivamente el conocimiento de lo que estaba sucediendo con la señora Claribel Álvarez Arboleda y no le corresponde al trabajador tener una constancia de recibido por parte del empleador para que este tenga conocimiento del proceso de enfermedad laboral o de origen común que en un momento determinado se está llevando a cabo.

El Juez de primera instancia no tuvo en cuenta que en la comunicación que obra a folio 40 del expediente, notificación del 28 de junio de 2019, cuando se le comunica a la señora Claribel Álvarez la calificación en primera oportunidad como enfermedad laboral de la patología que padece el trabajador síndrome del túnel carpiano bilateral, síndrome del manguito rotador bilateral, se evidencia en la parte inferior que dice con copia empresa Adonai Piamonte motel Fénix calle 73 69 -72 que corresponde pues al inmueble que cite en precedencia con número de matrícula inmobiliaria cuyos copropietarios son Adonai Piamonte y el señor Miguel Cruz que declaro en este proceso y adicional a ello todos y cada uno de los exámenes, de la documental y de lo que va surgiendo como consecuencia del tratamiento de este tipo de enfermedades se le comunica al empleador, resulta inverosímil que se le traslade la carga de la prueba a la parte demandante para respaldar y salvaguardar sus derechos, encontrándose en un estado de debilidad manifiesta que conste con una constancia de recibido del empleador efectivamente de estos documentos porque muchas veces resultan ser una carga para la empresa, no efectúan los recibidos o como sucedió en este caso los obligan a que cumplan ciertas situaciones, los aburren, les sobrecargan de trabajo como en el caso de Claribel Álvarez Arboleda sucedió para dar por terminado el contrato de trabajo o en su defecto justifican el despido simplemente en el hecho de pagar una indemnización dejándolos desamparados y dejándolo sin la posibilidad de trabajar más cuando estas patologías se desarrolla en el ejercicio de una profesión, es que no es simplemente una carga de la prueba sino que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral impone a todas las entidades de la Seguridad Social bien sea EPS, ARL o Fondo de Pensiones quienes estén efectuando la calificación de pérdida de capacidad laboral conforme a la Ley 1562 del 2012, el Decreto 1477 del 2014 y el Decreto 507 del 2014 comunicar al empleador cuál es la situación específica de ese trabajador, situación que sucedió específicamente frente a Adonai Piamonte que dicho sea de paso pues resulta ser la vinculación netamente familiar y que me genera serias dudas frente a como realmente están sucediendo las cosas y no puede el fallador indicar es que no tiene un sello de recibido para que el empleador conozca de la situación porque si lo tiene y así lo evidencia el folio 40 del expediente en cuanto a la comunicación del año 2019 y que además resulta curioso que notifican esta situación, la señora Claribel Álvarez ingresa de las incapacidades en el mes de octubre de 2019 frente al cambio que se le género como tal del hombro como lo declaró así ella y como obra en la hoja de vida que entregó Adonai Piamonte a Inversiones MDS y casualmente en el mes de noviembre cambian la figura contractual, no mantienen el contrato lo cambian por un contrato a término fijo con inferior término del que en apariencia inicialmente se venía manejando y finalmente le despiden y por si las moscas o por si acaso ,discúlpeme el término, indemnícenos para evitar que se le condene a un eventual reintegro.

teniendo en cuenta que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, el Código Sustantivo de Trabajo y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, permite que esta carga sea distribuida frente a la persona que le queda más fácil probar una situación de hecho en la cual fundamenta sus pretensiones. Acto seguido indicó que la sustitución patronal prevista en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que se cambie un empleador por otro por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento en cuanto este no sufra variaciones en el giro de sus actividades o sus negocios, figura que se llevó a cabo entre la demandada INVERSIONES MDES S.A.S. y Adonai Piamonte. A su vez, resaltó que el señor Miguel Alberto Cruz Rodríguez es copropietario con el señor Adonai Piamonte según certificado de tradición de libertad de fecha 9 de marzo de 2021 del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C 3048, predio donde actualmente funciona el “Motel Fenix”.

---

*En ese orden de ideas se está desconociendo primero que todo la calidad y el estado de indefensión y de debilidad manifiesta en el que estaba la señora Claribel Álvarez, segundo que efectivamente tenía unas patologías que le impedían desempeñar en óptimas condiciones esa función de camarera auxiliar de camarería y lavandería en un motel, tercero que el artículo 67 del Código Sustantivo de Trabajo y las normas propias que regulan la sustitución patronal están siendo desconocidas, deshilando o desvinculando las responsabilidades del anterior empleador con el nuevo empleador en donde se le traslada la carga a un trabajador enfermo con unas patologías que deben ser atendidas medicamente a que se tenga que trasladar a la empresa pedirle por favor que le dé un recibido y tenerlo como efectiva prueba para demostrar su estado de debilidad para la prestación de su servicio y que no se tengan en cuenta estos aspectos para determinar que la terminación del contrato de trabajo efectivamente se dio como consecuencia de las de las patologías que venía presentando, de las incapacidades que venía teniendo y que esas recomendaciones médico laborales han sido remitidas también y el proceso de calificación al empleador como lo ordena la norma no por el trabajador, imagínese un trabajador hospitalizado incapacitado teniendo que trasladarse a la empresa para tener efectivamente el sello de recibido de comunicación de que efectivamente se encuentra enfermo porque realmente esto resulta ser algo contrario al estado social de derecho frente a las personas que necesitan o se encuentran en este tipo de disminuciones físicas y sensoriales, y les imponen una carga que no resultan de recibo para el efectivo ejercicio de sus derechos y que esta situación se convalide por una autoridad judicial de la República resulta violatorio de la tutela judicial efectiva que tienen los trabajadores en estado indefensión y específicamente los derechos constitucionales que protegen a las personas en estado de debilidad manifiesta, para el efecto me permito citar la Sentencia SL - 572 de 2021, en el que pues se estudia el alcance del hecho de no tener con una calificación pero sí con la evidencia que efectivamente el trabajador se encuentra en este proceso, que cuenta con patologías y recomendaciones médico laborales y por ello requiere de la autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo y someramente pues está mi argumentación para apelar la sentencia que fue proferida, no obstante reservarme las eventuales acciones de otra índole frente al manejo que se le está dando a la situación para disfrazar la realidad de la ejecución del contrato de Claribel Álvarez Arboleda y la negociación que eventualmente existió entre Mariela Martínez y el señor Adonai Piamonte frente al motel Fénix cuyo propietario también es el señor Miguel Cruz cómo se determina documentalmente y ese folio de matrícula obra en ese expediente, sin embargo y en lo que nos ocupa en el proceso, indicar que no se está teniendo en cuenta lo manifestado, se está imponiendo una carga excesiva de la prueba a mi mandante para determinar que el empleador efectivamente conocía de la situación de ella al momento del despido y adicional a ello que pues en el expediente si obra que Adonai Piamonte conocía de esta situación e Inversiones MDS y Mariela Martínez de San Francisco no puede decir que no tiene conocimiento, porque uno de los efectos de la sustitución patronal es recibir tanto los derechos como las obligaciones que se tienen con los contratos de trabajo, los documentos y el conocimiento pleno de las relaciones laborales vigentes al momento de la sustitución, caso particular de la señora Claribel Álvarez Arboleda cuyo nombre también se corrige y se aclara para todos los efectos legales del caso, me reservo los demás argumentos para efectuar las alegaciones finales que determine el Tribunal Superior de Bogotá para que se revoque integralmente el fallo de primera instancia y se acceda a todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda, reiteró reservándome el derecho de acudir a otras instancias para el estudio de otras situaciones que se están evidenciando en este caso en particular, en los anteriores términos sustento mi recurso de apelación su señoría.*

Agregó que la sustitución patronal conlleva no solamente a la cesión de los contratos de trabajo, sino que adicional a ello, el ex empleador debe entregar al nuevo empleador toda la documentación que obre en su poder frente al contrato de trabajo que se sustituye, por lo que, el señor Adonai Piamonte tenía conocimiento del proceso de la demandante y no le corresponde a la extrabajadora tener una constancia de recibido para probar esta situación.

Específicamente argumentó que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la comunicación que obra a folio 40 del expediente de fecha 28 de junio de 2019, por medio de la cual se le dio a conocer a la actora la calificación en primera oportunidad de la enfermedad determinándose como de origen laboral, relacionada con las patologías síndrome del túnel carpiano y síndrome del manguito rotador bilateral, así mismo, la recurrente resaltó que en la parte inferior del escrito se relaciona la empresa Adonai Piamonte - Motel Fénix, Calle 73 No. 69 -72, entendiendo que se tuvo por enterado.

Adicionalmente, soportó la procedencia de las súplicas de la estabilidad laboral reforzada con los exámenes y demás pruebas documentales que evidencian el tratamiento y enfermedades puestas en conocimiento al empleador, añadiendo que la actora tenía unas patologías que le impedían desempeñar en óptimas condiciones la función de auxiliar de camarería y lavandería, siendo notorio que la terminación del contrato de trabajo acaecida se dio como consecuencia de la enfermedad, cumpliendo los presupuestos dados en la sentencia SL - 572 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral-.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 6 a 9, archivo “*expediente digital EXP. 2020-00136.pdf*), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (páginas 9 a 15, *ibídem*), encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 27 de agosto de 1960 al 17 de enero de 2020 (sic), desempeñándose como Auxiliar Hotelero - Camarera y Lavandera en Fénix Motel,**

encontrándose en estado de debilidad manifiesta por su enfermedad por desarrollo de patologías de hombros y manos, conforme a las recomendaciones médicas y dictamen de calificación de enfermedad laboral practicado por IPS Suramericana S.A., el despido no fue autorizado por el Inspector de Trabajo siendo sin justa causal o causal legal debidamente comprobada, en consecuencia, solicitó el reintegro al mismo cargo o uno de igual o superior jerarquía sin solución de continuidad junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Subsidiariamente solicitó el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexación, intereses, costas, agencias en derecho y condenas extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, en tanto, el juzgador declaró la existencia de nueve contratos de trabajo a término fijo entre la demandante y la sociedad MDES S.A.S. entre el 16 de agosto del 2008 al 31 de diciembre de 2008, 1° de julio del 2009 al 31 de diciembre del 2009, 1° de julio del 2010 al 31 de julio del 2010, 15 de julio del 2015 al 31 de diciembre del 2015, 1° de enero del 2016 al 15 de julio del 2016, 16 de julio del 2016 al 15 de enero del 2018, 16 de enero del 2018 al 31 de diciembre del 2018, 1° de enero del 2019 al 1° de noviembre de 2019 y, del 2 de noviembre de 2019 al 7 de febrero de 2020. Frente a las demás pretensiones principales y de condena absolvió a las demandadas.

El juez consideró en el fallo recurrido ((*archivo audiencia, audiencia Exp. 11001300502320200013600-20220905\_081857-Grabación de la reunión.mp4, récord 58:30 a 1:19:33*)), al verificar el documento de sustitución patronal, el representante legal de la demandada y el antiguo empleador, acordaron una sustitución a partir del 2 de noviembre de 2019, manteniendo las mismas condiciones y términos pactados en el contrato de trabajo inicial.

Respecto a la estabilidad laboral reforzada argumentó que con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo el 7 de febrero de 2020 la EPS SURA el día 27 de junio de 2019 calificó las patologías de la demandante en primera oportunidad como de origen laboral correspondientes al túnel de carpo bilateral y síndrome maguito rotador, además, el Hospital Clínica San Rafael el 15 de octubre de 2019 emitió recomendaciones médico laborales sin que se evidencie en el proceso que estos documentos hayan sido conocidos por el empleador quedando en una simple afirmación de la demandante la cual no tiene respaldo probatorio en el proceso. A su vez, valoró el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, recalcando que no se puede favorecer de su propia declaración, así como el

testimonio de Miguel Cruz no brindó mayor conocimiento al despacho sobre el estado de salud de la demandante y el nexo de causalidad entre la enfermedad y el despido acaecido. Finalmente, consideró que no existe prueba en el plenario que permita inferir el conocimiento sobre dolencias, restricciones y/o tratamientos de la demandante, no haciéndose acreedora de la protección derivada de la Ley 361 de 1997.

En primer lugar, debe advertir esta Sala que, si bien no fue objeto de recurso de apelación los extremos laborales declarados por el juez de primer grado, no resulta jurídicamente viable que la demandada INVERSIONES MDES S.A.S. haya fungido como empleadora de la demandante desde el 16 de agosto de 2008 al 7 de febrero de 2020 de manera interrumpida a través de nueve contratos de trabajo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la sociedad INVERSIONES MDES S.A.S. fue inscrita el 10 de agosto de 2018 en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el No. 02365110, adquiriendo personería jurídica para actuar solo desde esta fecha, lo que fuerza concluir que con anterioridad no pudo haber adquirido obligaciones de ninguna índole. Y en ese orden no debió declararse la existencia de varios contratos con anterioridad a la creación de la sociedad, sin embargo, esta consideración no fue objeto de censura, no obstante, para efectos de resolver los puntos de apelación, habrá de precisarse los tiempos que laboró para la demandada INVERSIONES MDES S.A.S.

Valga aclarar que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con INVERSIONES MDES S.A.S. el 2 de noviembre de 2019, manteniéndose hasta el 7 de febrero de 2020, conforme se prueba con los documentos aportados en la contestación (páginas 26 a 28, archivo 02ContestacionDemanda, expediente digital). Entre tanto, con anterioridad a esta data quien fungió como empleador fue el señor Adonai Piamonte, conforme a las liquidaciones aportadas (páginas 29 a 35, archivo 02ContestacionDemanda, expediente digital) y la sustitución patronal formalizada el 2 de noviembre de 2019.

La figura de la sustitución patronal se encuentra consagrada en el artículo 67 del C.S.T., norma que a su tenor estatuye: *“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*. De esta disposición, se

extrae que efectivamente para que exista un acuerdo de sustitución patronal, es indispensable que previamente las partes involucradas pacten los términos y condiciones de la mencionada sustitución, momento indicado donde se podrá estipular la fecha a partir de la cual operará el acuerdo de sustitución.

Dicho esto, encuentra la Sala que la demandada INVERSIONES MDES S.A.S aportó el escrito contentivo de la sustitución patronal celebrada con ADONAI PIAMONTE HERNÁNDEZ en los términos del artículo 67 del C.S.T. (*páginas 24 y 25, archivo 01 Contestación Demanda del expediente digital*). Ese documento es claro al indicar que el nuevo empleador de la demandante desde el 2 de noviembre de 2019 sería INVERSIONES MDES S.A.S. y en virtud de ello se suscribió el referido contrato.

Ahora, frente al certificado de tradición y libertad de fecha 9 de marzo de 2021 aportado al plenario así como las demás pruebas arrimadas a través de correo electrónico por la apoderada de la demandante el día 30 de agosto de 2022 (*archivo 17 Documentos interrogatorio*), consistente en la historia clínica expedida por la ARL POSITIVA, debe decirse en primer lugar, esta situación en nada interfiere en esta litis, además, esta prueba no puede ser valorada ya que no fue incorporada al plenario en debida forma en la etapa procesal correspondiente, nótese que se aportó mediante un memorial para efectos de dar a conocer el trámite surtido en la ARL, obrando únicamente a título informativo. (*17. Documentos interrogatorio, paginas.40 a 106 del expediente digital*). Al respecto, debe advertir la Sala que el extremo demandado no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción sobre este particular, sin que pueda soportarse una decisión con base en estas pruebas, pues ello va en contravía de las prerrogativas al debido proceso y el principio de congruencia.

En relación al señor Miguel Alberto Cruz Rodríguez, es pertinente indicar que no requiere mayor pronunciamiento al no ser sujeto procesal, pues si bien figura como propietario del bien inmueble donde funciona el establecimiento de comercio de la demandada INVERSIONES MDES S.A.S., esta situación no afecta el problema jurídico en debate.

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones la accionante en la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo*”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización “*bajo el supuesto de que (...) **carece de todo efecto jurídico** el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.*”, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante*, esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

Así lo dejó sentando la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2841 de 2020, en la cual determinó:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que 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; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”.

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

*“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*

*Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*

**La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.**

(...)

*Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que **la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...***” (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)<sup>2</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*”.

Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, la demandante fue objeto de recomendaciones médicas por parte del Hospital Clínica San Rafael el 15 de octubre de 2019, consistentes en no alzar o halar objetos mayores a 5 kg, no permanecer en la misma posición más de 2 horas sin pausa activa, enviar a la ARL para definir el puesto de trabajo y la remisión a medicina laboral con la EPS, estas órdenes fueron expedidas por parte del área de ortopedia y traumatología. Igualmente, obra notificación y dictamen de la calificación de origen de la enfermedad en primera oportunidad de fecha 27 y 28 de junio de 2019, respectivamente, informando que la patología de “síndrome de túnel carpiano y síndrome de manguito rotador bilateral” fueron calificados como origen laboral.

---

<sup>2</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.”* (negrilla fuera del texto).

Siguiendo la valoración de las pruebas documentales, se evidencia el archivo (17.Documentos interrogatorio, paginas.40 a 106 del expediente digital), contentivo de los documentos que fueron expedidos los días 4 de mayo de 2021, 4 de junio de 2021, 17 de junio de 2021, 9 de julio de 2021, 1º de 08 de octubre de 2021, 19, 25 y 26 de enero de 2022, 22 de abril de 2022 y 1º de agosto de 2022, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo que culminó el 7 de febrero de 2020 por parte de la ARL POSITIVA, sumado a que no fueron incorporados al plenario, como se advirtió en precedencia, al haber sido aportados solo a título informativo y no como medio de prueba.

Por otra parte, la declaración recepcionada por el juzgador de primer grado, relacionadas con la demandada MARIELA DE FRANCISCO MARTÍNEZ PÉREZ<sup>3</sup>, no brindó mayor información al no conocer a la demandante, y por tanto, desconoce circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó el contrato de trabajo desde el 2 de noviembre de 2019., sumado a que ésta deponente padece situaciones de salud, que si bien, no fueron certificadas por un profesional, tuvo que ser asistida encontrarse por su yerno, aunado a su avanzada edad.

En cuanto al interrogatorio rendido por la demandante<sup>4</sup>, es pertinente resaltar que el mismo no puede ser tenido en cuenta ya que si bien narra hechos sobre el

---

<sup>3</sup> **Interrogatorio de la demandada Mariela Martínez (22:56 a 31:22):** “Adonai es un primo del yerno; yo soy la dueña del motel desde hace mucho tiempo; Adonai administraba; no conozco a Claribel; no sé porque se desvinculo porque mi yerno administra todo eso; yo soy la dueña del negocio, no me acuerdo hace cuanto soy la dueña; llegue a ser representante legal porque yo compré el negocio; no me acuerdo en cuanto lo compre, lo compre a don Adonai; le pagaba de a poquito, le fui cancelando; no me acuerdo en qué consiste en negocio, no me acuerdo que hace Adonai”.

<sup>4</sup> **Interrogatorio de la demandante (Récord 2:57 a 16:08):** “Estoy en la casa porque no puedo hacer nada, con MDS SAS estuve trabajando como camarera y en el último tiempo en lavandería, estuve desde el 17 de enero de 2008 hasta el 7 de febrero de 2020, la empresa es un motel, tenía el horario de 8 am a 8 pm o cuando hacia 24 horas de 8 a 8 del otro día, entre como camarera, luego auxiliar de camarería y luego lavandería, siempre estuve en la empresa; a mí me operaron el 6 de febrero de 2018 del hombro y estuve incapacitada ese tiempo hasta el 2 de octubre de 2019 que volví de la incapacidad porque no podía mover el hombro y ese fue el tiempo, volví con restricciones médicas que no podía levantar los brazos más de 90 grados y llegue allá e hicieron caso omiso y no hicieron nada, me mandaron a lavandería que era un trabajo pesado y tras del hecho colgar los cubrelechos en una cuerda porque los brazos no me daban, yo no podía rendir más de lo que podía, me vaciaba, que don Adonai el dueño me iba a regañar y ahí yo sentía que los brazos s eme iban a caer del dolor y todo eso me tocaba hacerlo, el subía y me regañaba que porque no me iba a que me incapacitaran y me pensionaran, era humillación todo el tiempo; de un día para otro yo recibí unos papeles que me llegaba de Junta Regional y lo que fue la ARL y SURA me mandaron unos documentos y me aparecía enfermedad laboral el 10 de junio de 2019, todo esos cuando estuve incapacitada llevaba incapacidad e historia clínica mensual, ellos tenían allá los papales, el 5 de febrero me llegaron de junta unos papeles que tenía que pasárselos a ellos y me dijeron que los tenía que radicar la empresa, se los lleve y me dijeron que no tenían que radicar nada eso, luego, me citaron a descargos que porque le había dañado la lavadora, la secadora, la plancha del rodillo, que era grosera y m dio un documento para firmar, yo le dije que no iba a firmar nada de eso; el ultimo día que trabaje fue hasta el 6 de febrero de 2020; cuando estuve allá cambiaron varias veces de razón social, fue en noviembre que cambiaron eso y le dije a don Adonai que si eso me afectaba y me dijo que eso no me perjudicaba en nada y si uno no firmaba lo despedía, yo antes estaba en tratamiento, ahorita, después de la primera audiencia que no se hizo al fin, en junio de 2021 me empezó atender la ARL POSITIVA y me mandaron hacer terapias. Para las manos con ortopedia, me hicieron exámenes y me mandaron a la 100 y me dan Volaren y acetaminofén, pero la fuerza la perdí

conocimiento que presuntamente tenía el empleador sobre su estado de salud, los mismos no fueron probados, siendo una carga procesal que le incumbía, pues esta Sala no puede dar por ciertos hechos que no se encuentran probados. Sobre la procedencia de tener por ciertas estas declaraciones la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral – SL 4072 de 2022, asentó: *“La confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*.

Por último, la declaración de oficio rendida por el testigo Miguel Cruz<sup>5</sup>, no ofrece mayor información frente al conocimiento que pudiera tener Inversiones MDES S.A.S. sobre el estado de salud de la actora, principalmente porque su labor es asesorar y guiar a la señora MARIELA DE FRANCISCO MARTÍNEZ PÉREZ.

En consecuencia de lo anterior, la Sala no acoge los argumentos de la recurrente ya que el juez de primera instancia valoró las pruebas aportadas al proceso en su integridad, concretamente, la comunicación de fecha 28 de junio de 2019, la cual, valga indicar, no cuenta con el soporte de envío y recibo por parte de

---

*completamente y no puedo hacer nada por eso tengo problemas en la casa, no he sido calificada, no me alcanzaron a calificar solo la enfermedad que es laboral”*.

**A instancia de la apoderada de las demandadas (16:09 a 22:35):** *“me hicieron firmar un contrato el 2 de noviembre de 2019 obligada, estuve hasta el 2 de febrero de 2020; inicie el 17 de enero de 2008 a laborar con Adonai hasta el 6 de febrero de 2020; deje de prestar los servicios a don Adonai porque me mando a despedir; ellos liquidaban cada 6 meses ellos iban peor no hacían por lo menos contrato cada 6 meses no, lo iban liquidando; no me acuerdo cuando firme con Inversiones MDS la sustitución (folios 76 y ss); conozco a Mariela de San Francisco, que es la que estoy viendo ahí y no se me parece; con doña Mariela no me entendí fue con don Adonai; me pagaron la indemnización y por eso firme a liquidación, la Abogada me dijo que si pasaba algo yo tenía que devolver toda esa plata como \$2.400.000,00 me dieron; en Inversiones MDS yo presenté incapacidades desde el primer tiempo de incapacidad hasta que se me terminó; todo el tiempo pase las incapacidades que me daban; del 2011 a 2016 trabajé en la empresa de Don Adonai Piamonte”*.

<sup>5</sup> **De oficio se recibió la declaración del señor Miguel Cruz (31:55):** *“Soy comerciante; Mariela desde que muere mi suegro, se llamaba Francisco Pérez; la plata que ella recibe yo le sugiero antes cuando estaba bien de salud miraba y vendía propiedades y carros y a eso le colaboro; ella es propietaria desde hace mucho, eso se le compró Adonai y se pagó en cuotas por eso Inversiones MD, no sé la fecha exacta, sería mentiroso; Adonai es un primo hermano mío, de hecho compramos varios negocios de él; en ese momento habían 2 Supervisoras porque yo me encontraba por fuera del país, estaba la señora Edith Garavito y la otra no me acuerdo; ella fue la que la despidió, muy seguramente se le pasa una carta a la contadora y ella hace una liquidación, de ahí fue que salió el dinero, Claribel fue con la Abogada de nosotros para la cancelación; tengo estudios en derecho, yo administro el Motel Fénix y tengo una Supervisora que se encarga del tema porque mi tiempo no me da; no sé si se solicitó permiso en el ministerio, todo este tema lo manejo la oficina de Abogados, no tengo vinculación con ellos; mi suegra sufre de vértigo hace 6 años pero hace 1 año quedó tartamudeando y un tic en la cabeza; hay varios propietarios del inmueble donde funciona el Motel; lo que hacemos es que se hace un contrato de arrendamiento; muy seguramente el pagaron a Claribel la liquidación, creo que ella era Auxiliar de Camarería; no lo tengo exacto, digamos que haya cada departamento y paga turno y horarios y le paga, si ganan más del mínimo; yo pido es un informe para mirar los gastos y se la entregó a mi esposa que es quien decide que hace con los recursos que va para terapias medicinas y todo; es la única hija; MDES SAS se le compro a Adonai; se compró con unos dineros que debía Adonai y luego de la pagaban cuotas de 12 o 13 millones mensuales; las administradoras para el 2020 era Garavito y no recuerdo el nombre de la otra; la oficina jurídica manejó ese tema”*.

INVERSIONES MDES S.A.S y la calificación en primera oportunidad realizada por la EPS, únicas piezas documentales que fueron aportadas.

De esta forma, de los medios de convicción analizados, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (07 de febrero de 2020) la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella 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** y aunque no se desconoce que sus patologías fueron calificadas como de origen laboral, no se acreditó que las mismas hubiesen generado una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas como camarera o lavandera. Al punto, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a lo largo del tiempo de las que se pueda inferir que no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reafirma *“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”*<sup>6</sup>.

Se recalca, no existen elementos para determinar que la promotora del juicio tenía algún grado de limitación a la finalización del vínculo laboral, siendo insuficiente las pruebas arrimadas para determinar que la demandante no podía desarrollar sus actividades laborales, pudiendo presumirse que el móvil de su despido fue su situación de salud. Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la 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 de la extrabajadora, estaría desvirtuada en el caso de marras independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa, porque como quedó analizado, para ese momento la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta o discapacidad relevante.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia citada por el fallador de primer grado, así como por la propia recurrente en su recurso, la cual fue proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 572 de 2021, exponiendo en un aparte pertinente, lo siguiente:

*“Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos*

---

<sup>6</sup> SL 12998-2017.

*anteriores, no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.*

*Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.”. (Negrilla fuera del texto).*

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud de la actora, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada y el pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997.

Igualmente, es pertinente anotar que el anhelo que antecede resuelve la petición dirigida al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no encontrarse vulneración alguna que merezca un estado de protección. Igual suerte corre la indemnización por despido contemplada en el artículo 64 del C.S.T., al observarse que INVERSIONES MDES S.A.S. reconoció por dicho concepto la suma de \$2.457.848 (84 días), tal como lo concluyó el a quo.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora.

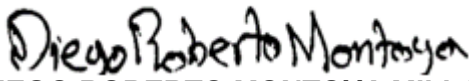
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

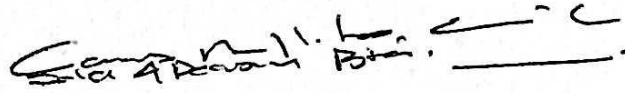
## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

**AGENCIAS EN DERECHO:** Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000,00 la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL**

**BOGOTÁ D.C.**

**SALA LABORAL.**

**MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM ALFONSO GARCIA RODRIGUEZ contra OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS S.A. EN REORGANIZACIZACIÓN - OCEISA (RAD. 23 2021 00073 02).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 demandante contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre del 2022 (*expediente digital, archivo 17, récord. 18:51*), en la que se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** *que entre el demandante WILLIAM ALFONSO GARCÍA RODRÍGUEZ y la demandada OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS EN REORGANIZACIÓN OCEISA existió contrato de trabajo por obra o labor, el cual estuvo vigente entre el 10 de octubre del 2016 y el 27 de enero del 2021.*

**SEGUNDO: DECLARAR** *que el señor WILLIAM ALFONSO GARCÍA RODRÍGUEZ devengo salario mensual de \$7.000.000 entre el 10 de octubre del 2016 al 30 de junio del 2018, y a partir del 1° de julio del 2018 y hasta el 27 de enero del 2021 salario mensual \$7.286.300.*

**TERCERO: CONDENAR** *a la demandada OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS EN REORGANIZACIÓN OCEISA a pagar a favor del señor demandante WILLIAM ALFONSO GARCÍA RODRÍGUEZ las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:*

- a. \$13.843.970 por salarios, sumas que deberán indexarse desde la fecha efectiva de su causación a la fecha efectiva de su pago.*
- b. \$22.405.372 por cesantías.*
- c. \$874.356 por intereses a las cesantías.*
- d. \$7.832.772 por prima de servicios.*
- e. \$7.556.536 por vacaciones.*



- g. *Aportes a pensión correspondiente al período comprendido entre el 1° de octubre del 2020 y el 27 de enero del 2021 teniendo en cuenta el salario mensual \$7.286.300 los cuales deberán cancelarse a satisfacción del fondo Skandia donde se encuentra afiliado el demandante ya sea con el pago de intereses moratorios o con el pago de un cálculo actuarial.*

**CUARTO: ABSOLVER** a OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS EN REORGANIZACIÓN OCEISA de las demás pretensiones incoadas por el señor demandante.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por OCEISA.

**SEXTO: COSTAS** a cargo de la demandada y a favor del demandante.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante la apeló frente a la absolución de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria y la indemnización por no consignación de las cesantías.

Frente al primer punto señaló, si bien no se logró demostrar dentro del proceso la duración del proyecto para el cual fue contratado el demandante, lo cierto es que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo respecto a la indemnización por terminación sin justa causa de los contratos a término fijo o por obra labor señala que al menos debe corresponder a 15 días de salario, por ende, solicita se emita condena en ese sentido.

En relación con las indemnizaciones del artículo 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no comparte la posición del despacho en cuanto a que el actuar de OCEISA fuera de buena fe, ya que dicha sociedad con la admisión al proceso de reorganización empresarial se compromete a cubrir todos los gastos de administración que se generen con ocasión de su operación, por lo que los salarios y prestaciones sociales del actor constituyen gastos de administración y debían ser pagados en el proceso de reorganización.

Señala que el accionante nunca obtuvo respuesta favorable por parte de la empresa, ni siquiera tuvo con posterioridad a su retiro una comunicación telefónica o una comunicación vía correo electrónico frente al pago de lo adeudado, lo que evidencia la mala fe con la que actuó la accionada en el no reconocimiento de las prestaciones sociales y salarios que se le adeudaban, precisando que conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia el proceso de insolvencia no es como tal una causal de buena fe por parte de las empresas y debe examinarse si la empresa en realidad tuvo la intención de reconocer o no el pago, situación que en el presente caso no se dio, solicitando por ende se revoque dicha decisión y en su

lugar se acceda a las citadas indemnizaciones. (*expediente digital, archivo 17, récord: 21:29*)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **APODERADA DEMANDANTE:** Discúlpeme señor Juez, en este momento de la diligencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir por el despacho (...) por despido sin justa causa y el de las indemnizaciones en los siguientes términos:

Me permito señalar que si bien no se logró demostrar dentro del proceso la duración del proyecto el cual para el cual fue contratado a mi representado, lo cierto es que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo respecto a la indemnización por terminación sin justa causa de los contratos a término fijo o por obra labor señala expresamente lo siguiente “*la indemnización de los contratos a término fijo corresponderá al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltará para cumplir el plazo estipulado en el contrato o el lapso determinado por la duración de la obra labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a 15 días*”, si bien no se logró demostrar el término de duración total de la obra labor contratada, si se debió determinar por parte del despacho que la indemnización al menos correspondería a 15 d de salario de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime como quiera que la parte demandante tampoco señaló la fecha de la terminación de la obra labor contratada.

De otra parte señor Juez, frente a las indemnizaciones, frente a la prueba, frente a las indemnizaciones moratorias de que trata el artículo 65 y el artículo 99 de la Ley 50, me permito señalar que no comparte está apoderada la posición del despacho en manifestar que la empresa Obras Civiles OCEISA que su actuar fuera de buena fe, lo anterior en atención a que como la establecido la Sentencia en la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL – 1885 de 2021 y SL – 1885 de 2021 debe examinarse por parte del señor Juez al momento de la imposición o absolución de la indemnización moratoria el actuar de buena fe o de mala fe por parte de la empresa, sobre el particular señor juez debe señalarse que la empresa Obras Civiles e Inmobiliarias OCEISA fue admitida a reorganización el 18 de julio de 2018 mediante auto emitido por la Superintendencia de Sociedades, quiero hacer claridad señor Juez y solicitarle a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que con el auto de admisión a proceso de reorganización empresarial, la empresa Obras Civiles e Inmobiliarias OCEISA se compromete a partir de la fecha de admisión a cubrir todos los gastos de administración que genere con ocasión de su operación, en este sentido el gasto de los salarios y prestaciones sociales del señor William Alfonso eran gastos de administración, por lo tanto señor Juez era un mandato legal y constitucional cumplir con las obligaciones que emanan del proceso mismo de reorganización.

En este sentido debe señalarse que si bien las deudas o los conceptos en mora por parte de la empresa Obras Civiles e Inmobiliarias databan de tiempo atrás, las únicas acreencias que podían ellos alegar para no pagar o estar enmarcados dentro de la buena fe para su no pago son las acreencias que se causaron con anterioridad al auto de admisión a la reorganización, sin embargo con posterioridad y siendo enfática en los interrogatorios de parte y fue admitido por la representante legal que los gastos de salarios y prestaciones sociales del señor demandante constituían gastos de administración y por lo tanto debían ser pagos por la empresa de manera oportuna y completa, en ese sentido señor juez adicional a ello a pesar de las comunicaciones que el señor William envió, nunca obtuvo respuesta favorable por parte de la empresa, la empresa simplemente se limitó a dar respuesta a su carta de terminación sin manifestar motivos, fecha probable de pago, ni siquiera tuvo con posterioridad una comunicación telefónica o una comunicación vía correo electrónico ni siquiera de alguna manera se intentaron comunicar con el señor William, lo que evidencia señores magistrados la mala fe con la que actuó la empresa en el no reconocimiento de las prestaciones sociales y salarios que se le adeudaban, incluso señor Juez estamos hablando que se sustrajeron del cumplimiento de obligaciones de aportes al sistema de Seguridad Social generando un riesgo y peligro para el señor William García quien estuvo varios meses sin aportes a ARL, sin aportes a salud pese a que la empresa conocía a cabalidad las labores que el desempeñaba y el riesgo al que estaba expuesto en obra.

En ese sentido también señor Juez la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el proceso de insolvencia no es como tal una causal de buena fe por parte de las empresas y que debe examinarse dentro del actuar de la empresa si estas, si la empresa en realidad tuvo la intención de reconocer o no el pago, situación señor Juez que no se evidencia en el caso como ya lo señalé nunca hubo una comunicación ni siquiera se intentaron hacer unos periódicos, no se llamó al trabajador ni siquiera al momento de tener conocimiento de esta demanda una posible conciliación, nunca hubo comunicación, nunca hubo una intención real de pago por parte de la empresa, las justificaciones de tipo económico si bien son ciertas si bien la empresa puede contar con una poca liquidez, lo cierto es que podía hacer abonos parciales para el cumplimiento de sus obligaciones, igualmente señor Juez como lo manifestó la representante legal de la demandada para que la para que la Superintendencia de Sociedades confirme el acuerdo la empresa OCEISA debe estar al día en los gastos de administración es decir que debía estar al día en los gastos con el señor William Alfonso García, por lo tanto no es un actuar de buena fe por parte de la empresa señor juez el incumplimiento de mandatos legales al solicitar una admisión a un proceso de reorganización con el único fin de seguir defraudando a sus trabajadores en el no pago de salarios y prestaciones sociales.

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 de la demanda (páginas 3 a 5 archivo 01 archivo digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el libelo (págs. 1 a 3 ibídem),** aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada del 10 de octubre del 2016 al 27 de enero del 2021, el cual termino de manera motivada ante el incumplimiento de las obligaciones de su empleador, en consecuencia se condene al pago de los salarios de diciembre del 2020 y enero del 2021, cesantías de enero del 2018 al 27 de enero del 2021, intereses a las cesantías de enero del 2020 al 30 de julio (sic) del 2021, vacaciones del 1° de octubre del 2019 al 27 de enero del 2021, prima de servicios del 1° de enero del 2020 al 27 de enero del 2021, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales al momento de la terminación del contrato de trabajo, indemnización por la no consignación de las cesantías, intereses moratorios por el no pago de los salarios de diciembre del 2020 y enero del 2021, aportes al sistema de seguridad social en pensiones del 1° de agosto del 2019 al 27 de enero del 2021, condenas *ultra y extra petita*, indexación de las pretensiones, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo por obra o labor entre el 10 de octubre del 2016 y el 27 de enero del 2021, condenando al pago de salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, el pago de aportes a pensión del 1° de octubre del 2020 al 27 de enero del 2021 ya sea con el pago de intereses moratorios o calculo actuarial conforme lo exija el fondo de

---

Como ya lo señalé señores magistrados quiero hacer énfasis en que esta empresa fue admitida a proceso de reorganización empresarial el día 18 de julio de 2018 el año 2018 al año 2019 se evidenció el pago de salarios en el año 2020 2021 se evidenció el no pago, desde el año 2018 se evidencia incumplimiento de obligaciones laborales en el no pago de cesantías, de intereses de cesantías, de primas, de aportes al sistema de Seguridad Social, por lo anterior señor Juez es claro que la empresa no actúa en ningún momento de buena fe, deben tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia respecto a las empresas en reorganización y el actuar particular de la empresa OCEISA en incumplir gastos de administración pese a haber sido admitida a un proceso de reorganización empresarial, por lo anteriormente señalado solicitó señores magistrados se revoquen los numerales ya señalado respecto a las indemnizaciones por despido sin justa causa y las indemnizaciones moratorias de qué trata el artículo 65 y 99 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Ley 50 de 1993 respectivamente, gracias señor juez.

pensiones, absolviendo de la indemnización por despido, moratoria y por no consignación de las cesantías.

Lo anterior, tras no encontrar acreditado el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones; conforme a lo pretendido en la demanda, concluyó que si bien se probaran las razones que motivaron la renuncia del accionante, esto es, el incumplimiento sistemático de las obligaciones a cargo del empleador, no se probó por parte del demandante la data en que finalizaba la obra o labor para la cual fue contratado por ende resultaba imposible realizar las operaciones aritméticas correspondientes. Frente a la sanción del art. 99 de la ley 50 de 1990 y del art. 65 C.S.T., estimó la improcedencia de imponer estas condenas a un empleador que se encuentra en situaciones especiales como la aquí convocada, esto es, en proceso de reorganización empresarial desde el año 2018.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En este orden de ideas, se procede a resolver el primer punto de apelación frente a la pretendida indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., para lo cual procederá la Sala a verificar si en efecto la relación de trabajo finiquitó por causas imputables al empleador y, en esa medida, si hay lugar a imponer a cargo de la pasiva el pago de la misma.

Para lo cual, conviene memorar, de acuerdo con la disposición en mención, *“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.

Entratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador(a) demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la causa que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho

atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo<sup>2</sup>.

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*<sup>3</sup>, ello en armonía con el párrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe 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”*. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador(a) demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión<sup>4</sup>, pero si

---

<sup>2</sup> Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: *“En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”*(Negrilla de la Sala).

<sup>3</sup> Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006

*“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:*

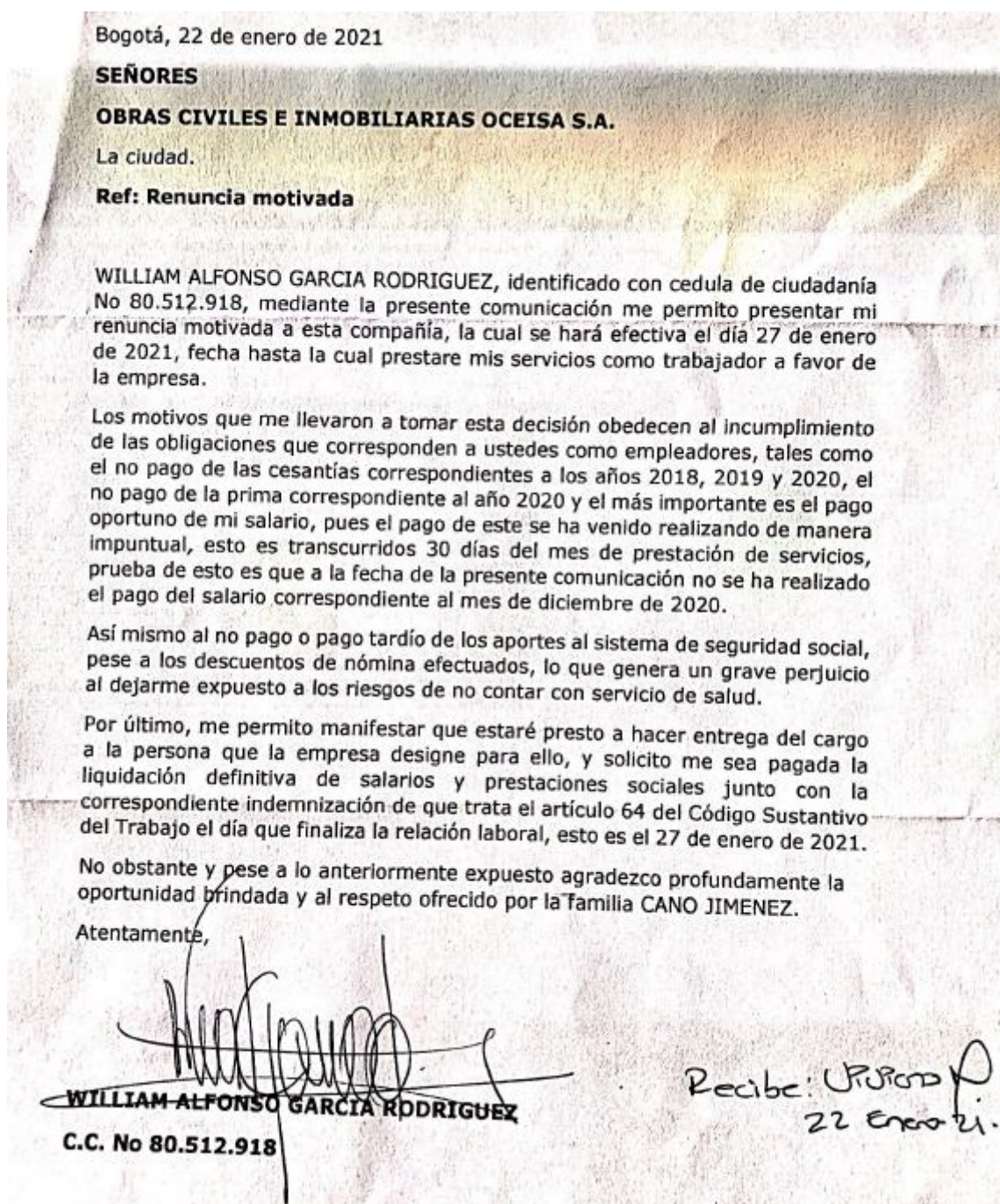
*“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”*

*“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”*

<sup>4</sup> Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos (SL 417 de 2021)

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una causa que justifique la renuncia motivada del demandante y para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual el accionante dio terminación al contrato de trabajo (pág., 9 Archivo “pruebas”), en la cual expresó:



Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por el actor en la carta de renuncia motivantes para la terminación del vínculo, en síntesis hacen referencia a

los constantes incumplimientos de su deber legal como empleadora, desde el año 2018.

Frente al recibo de dicha comunicación obra firma de recibido por “Viviana 22 enero 21”, como también comunicación del 29 de enero del 2021 por parte del presidente de OCEISA en el que se le indica (págs., 10 y 11 Archivo “pruebas”)

*“Bogotá, 29 de enero de 2021*

*Para: William Alfonso García Rodríguez  
Director de Obra*

*De: José Gabriel Cano Hernández  
Presidente*

*Asunto: Terminación contrato laboral  
Fecha: 27 de enero de 2021*

*Respetuoso saludo. De acuerdo con su escrito de renuncia presentada el 22 de enero del presente año, le informamos que las afirmaciones allí indicadas como una "renuncia motivada" no son consideradas como tal por parte de nuestra Compañía. Para afirmar que una renuncia es "motivada", no debe existir una decisión libre y voluntaria del empleado tendiente a finalizar la relación laboral, debiendo además, existir una "presión" por parte del empleador que "obligue" al trabajador a tomar dicha determinación, situación que no consideramos aplique para su caso, puesto que en ningún momento se ha coaccionado o inferido su retiro de la empresa por causales atribuibles a nuestra responsabilidad, la mala fe o de actos temerarios que vayan en contra del beneficio o derecho de los trabajadores.*

*Acorde con lo anterior, para que esta modalidad de despido produzca los efectos que la ley ha previsto para ello, es necesario que el mismo obedezca a motivos objetivamente graves, capaces de dar al traste con el contrato; situación que con el debido respeto no apreciamos que se presente para éste caso. Como puede apreciar, la ley ha hecho un listado de las circunstancias justificadas, los cuales están relacionados en la parte (b) del artículo 62 del Código. Sustantivo del Trabajo. Realizado el análisis de cada una de las causales del literal "b" del artículo 62 del C. S. del T., encontramos que la "supuesta" renuncia motivada por usted presentada, adolece de las exigencias que la disposición legal mencionada enuncia.*

*Adicional a lo anterior, es de reiterar y tal como le fue comunicado verbalmente en varias oportunidades y usted mismo pudo evidenciar en el pleno ejercicio del cargo que desempeñaba, en este momento la empresa atraviesa por complejas dificultades en el flujo de caja que han generado el pago de las acreencias laborales con retraso, que no es atribuible a nuestra responsabilidad dolosa o negligente, pues en la medida de nuestras condiciones hemos cumplido con nuestras obligaciones salariales tal como lo ha evidenciado a lo largo de éstos meses.*

*Como es de su conocimiento OCEISA mediante el expediente 56290 fue admitida por la Superintendencia de Sociedades acogiéndonos a la Ley 1116, precisamente debido a los problemas de liquidez conocidos por usted.*

*Se reitera que la empresa siempre ha actuado de buena fe y se ha esforzado por no vulnerar los derechos fundamentales de ninguno de sus colaboradores, aunque somos conscientes de la incómoda situación que nos ha afectado a todos.*



*Sin embargo, en respeto a su decisión, lamentamos que se aparte de nuestro equipo de trabajo en estas condiciones, deseándole éxitos en su nueva etapa profesional. La oficina de Desarrollo Organizacional, le hará le entrega de la constancia laboral y nos encontramos atentos a la coordinación de pago de las acreencias que se le adeudan.”*

Atendiendo los términos de la renuncia, pertinente es anotar, con relación al *incumplimiento sistemático* la Corte, al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, la cual está descrita en idénticos términos a la prevista en el numeral 6 del literal b) del artículo 62 del C.S.T. que es la aplicable al asunto, en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo “*sistemático*”, en sentencia del 6 de jun. 1996 radicación 8313, reiterada en la SL5667 de 2018 puntualizó:

*“(…) Considera oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inexecución de las obligaciones legales o convencionales sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir”*

Además, cabe recordar que ante conductas continuadas, como lo es el impago prestaciones sociales y demás acreencias laborales en vigencia de la relación laboral, situación a la que aludió la demandante en la misiva de renuncia, la Alta Corporación de esta jurisdicción ha considerado que la tolerancia del trabajador frente a un incumplimiento sistemático o prolongado, que se mantienen hasta el final de la relación, no obstaculiza su alegación como causa justificativa de la ruptura del nexo contractual.

Sobre ese tópico, en sentencia SL11253 de 2015, asentó:

*“Por otra parte, para ahondar en razones, la fundamentación dada para invocarla no es exacta, por cuanto las causas comprobadas atribuibles al empleador que llevaron al extrabajador a renunciar no solo fueron que lo hayan dejado sin funciones, sino el trato degradante propiciado al rebajarle su jerarquía y desmejorarle su puesto de trabajo, condiciones estas que, conforme a la establecido por el tribunal, permanecieron hasta el final de la relación, por tanto, a pesar de que el demandante toleró la situación por cerca de dos años, no incurrió en yerro fáctico evidente el ad quem al no deducir de tal situación la falta de inmediatez, pues en ningún momento puede predicarse que su paciencia se debió a que hubiere consentido o condonado el mal trato recibido, sino que lo hizo porque no tenía otra alternativa más a la de seguir laborando para la empresa, por su condición de asalariado.”* (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así pues, no es cualquier incumplimiento el que justifica el despido, se requiere que éste sea sistemático, es decir, que sea regular, periódico o continuo, que



apunte a demostrar la conducta o el propósito de incumplir, advirtiendo esta Sala de decisión la representante legal de la demanda al absolver el interrogatorio de parte (Audiencia 17 de agosto del 2022, récord: 6:43) aceptó que en efecto se le adeuda al demandante los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas en la demanda, aunado a que en la contestación de la demanda no se opuso a las pretensiones condenatorias Nos. 1 a 5 (págs. 4 y 5 Archivo 08 expediente digital) señalando que está *“pendiente de pago”*.

Considerando tal situación, puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo se encuentran acreditadas, ante la ausencia de pruebas en el expediente que den cuenta que la demandada cumplió con todas sus obligaciones en vigencia de la relación laboral que la ató con el demandante, por lo que en efecto procede el pago de la indemnización por despido indirecto.

Ahora, frente a su liquidación, la Sala advierte que en el presente asunto no se tiene certeza de la fecha efectiva en la cual terminó o terminaría la labor para la cual fue contratada el actor, esto es, DIRECTOR DE OBRA para el PROYECTO EBO-EDIFICIO BOTANIKA OTIUM (Ver contrato de trabajo pág. 2 Archivo 4 expediente digital), carga que correspondía únicamente al promotor del litigio.

Téngase en cuenta, sobre la duración de los contratos de trabajo por el término de la obra o labor, de vieja data, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en ésta clase de contratos, su vigencia se encuentra sujeta a la finalización de la obra contratada, tal como lo expuso en Sentencia del 14 de julio de 1956, en la que señaló: *“Si el contrato se ajusta para que perdure tanto como la obra, debe ser el fin de la misma y no la voluntad de las partes la que normalmente debe servir para ponerle término. Razonablemente la duración de la obra o labor especial, depende de su propia naturaleza y no de la voluntad de los contratantes, y, por ello, para cuando una de esta clase, se contratan trabajadores, la ley entiende que su trabajo va a durar tanto tiempo cuanto sea necesario para dar fin a las obras citadas”*.

Por manera que, se procederá a efectuar su respectiva liquidación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T el cual expresa:

*“En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral*

*por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:*

*En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.*

De modo que se itera al no tenerse certeza de la fecha efectiva en la cual terminó o terminaría la labor para la cual fue contratada el señor GARCÍA RODRÍGUEZ, la Sala dispondrá el pago de la indemnización por despido sin justa causa a razón de 15 días de salario, tal como lo dispone la norma atrás citada, tomando para ello el salario señalado en el hecho No. 4 de la demanda que fue aceptado por la demandada en la contestación (pág. 1 Archivo 8 expediente digital) y que corresponde a \$7.286.300, con lo cual se obtiene como valor a indemnizar por despido sin justa causa la suma de **\$3.643.140** ( $\$7.286.300 / 30 = \$242.876 \times 15$  días), revocando en este punto la sentencia de primer grado.

Ahora, en lo que respecta a la **indemnización del artículo 65 del C.S.T.**, por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales y **sanción por no consignación de las cesantías**, establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sentado está por la jurisprudencia que las citadas sanciones no proceden 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, tales indemnizaciones surgen 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 e indemnización por no consignación de cesantías, pues 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 ese orden, para el caso de marras, el actor reclama el pago de las cesantías e intereses correspondientes a los años 2018 a 2021, así como salarios y prestaciones causados desde el año 2020 y 2021 y vacaciones del 2019 y 2020.

Sin embargo, la demandada alega en su defensa que para el año 2018 ya no contaba con capacidad económica para cumplir con el pago oportuno de salarios y prestaciones a sus trabajadores y por tal motivo, el **18 de junio del 2018**, la

sociedad fue admitida por la Superintendencia de Sociedades, en proceso de reorganización empresarial mediante auto No. 400-008359, según lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006 (ver págs. 35 a 42 Archivo 8 expediente digital).

Al punto recuerdese que a partir de esa data no le estaba permitido hacer pagos relacionados con sus obligaciones objeto del concurso, como salarios y prestaciones impagas, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual reza:

*“ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”.*

Así entonces, a juicio de la Sala, si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador, si puede apreciarse en el asunto que se estudia, la demandada actuó en ejercicio de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto se determinó la imposibilidad de hacer pagos relacionados con sus obligaciones, entre otras medidas, que pueden apreciarse en el auto que admite a la sociedad en el proceso de reorganización (*expediente virtual, archivo 08. Contestación de demanda.pdf, página 39*) por lo que la mala fe de la demandada por su omisión en el pago se desvirtúa a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que, en el caso de autos, se insiste, ocurrió el 18 de junio del 2018.

Por lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, es claro que la omisión de pago a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos, como se ha venido anunciando ocurrió el 18 de junio del 2018, no derivó de una buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, por lo que, a partir de la expedición de dicho auto, no antes, sí surgió una justificación legal que impidió el pago derivada de la situación de la situación económica de la encartada,

circunstancia que ubica entonces a la demandada en el terreno de la buena fe, pero se itera sólo a partir 18 de junio del 2018.

Razón por la cual, teniendo en cuenta dichas consideraciones, no hay lugar a imponer la sanción moratoria que se causó e hizo exigible a partir del 27 de enero del 2021 (fecha de terminación del contrato), como tampoco la indemnización por la no consignación de cesantías de los años 2018 a 2020, pues la consignación del referido auxilio para el 2018 debía hacerse a más tardar el 14 de febrero del 2019 y así sucesivamente, datas para las cuales como ya se dijo, la demandada se encontraba en una situación de control que le impedía efectuar pagos y que ubica en el plano de la buena fe su omisión.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia del Tribunal, por el estudio de los motivos expresamente sustentados por la recurrente y conforme a las motivaciones que anteceden, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia objeto de apelación, para en su lugar condenar a la demandada OCEISA al pago a favor del demandante de la indemnización por despido sin justa causa y confirmar 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 y por autoridad de la ley,

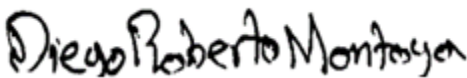
## **R E S U E L V E**

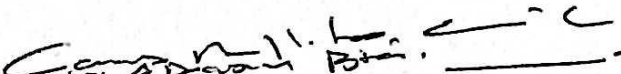
**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal **CUARTO** de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a la empresa **OBRAS CIVILES E INMOBILIARIAS EN REORGANIZACIÓN OCEISA** a pagar al señor **WILLIAM ALFONSO GARCÍA RODRÍGUEZ**, la suma de **\$3.643.140** por concepto de **indemnización por despido sin justa causa**, conforme a las motivaciones que anteceden.

**SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás**, la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

  
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

  
CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA