

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARY LUZ LEÓN AGUILAR CONTRA COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. (RAD. 02 2020 00011 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de abril de 2023 (18GrabacionAudienciaFallo25042023, récord 38:30), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARY LUZ LEÓN AGUILAR, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su condición de madre dependiente, causada con ocasión al fallecimiento de la afiliada LORENA CÁRDENAS LEÓN, por reunir los requisitos establecidos en el art. 47 Y 74 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a reconocer y pagar a la demandante MARY LUZ LEÓN AGUILAR la pensión de sobrevivientes, en su condición de madre dependiente económicamente de la afiliada LORENA CÁRDENAS LEÓN, a partir del 10 de abril de 2019 en cuantía inicial equivalente a un (01) SMLMV para dicha anualidad, por 13 mesadas anuales, junto con los reajustes legales a los que haya lugar.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a pagar a favor de la demandante el retroactivo por las mesadas pensionales causadas a partir del 10 de abril de 2019, y hasta la fecha en que se haga la inclusión en nómina de pensionados la demandante.

CUARTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar sobre el retroactivo indicado, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 26 de julio de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo condenado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.”.

Sea del caso indicar, la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.¹ solicitó se adicionará la sentencia en el sentido de pronunciarse frente al llamamiento o eventual responsabilidad que tendría esta sociedad en el presente litigio, petición que no fue acogida por la *a quo* al razonar que si bien no se hizo un llamamiento expreso, en la sentencia sí se mencionó que la suma adicional necesaria, cubierta con el seguro previsional, procede de manera automática cuando se condena a la administradora de pensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en esa medida cuando se trata del seguro previsional en los términos en que se haya suscrito el seguro o la póliza tomada respecto a ese aseguramiento, procede por ministerio de la ley el recobro de las sumas, no siendo viable la adición solicitada sino una aclaración en tal sentido.

Notificadas las anteriores decisiones, Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte demandada COLFONDOS S.A. promovió recurso de apelación indicando², la señora Mary Luz no dependía de su hija una suma cierta, periódica

¹ (récord 49:21 - archivo 18)

² **Recurso Colfondos, récord 42:04, archivo 18:** “De manera respetuosa presento recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, me permito sustentarlo de la siguiente manera, solicitando respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo y en su lugar se absuelva a mi representada de las condena impuestas por el fallador de primera instancia, teniendo en cuenta, teniendo en cuenta los siguientes argumentos, es claro en el proceso, la señora Mary Luz no dependía de su hija una suma cierta, periódica y significativa como lo dijo el despacho ya que quedó demostrado que recibían ayuda de sus otras dos hijas, adicionalmente recibía ayuda de la hermana por valor de \$500.000 y es claro que el inmueble en el que reside es de propiedad de la demandante, la causante era estudiante de comercio exterior y con el salario que devengaba debía cubrir sus gastos propios conforme a la investigación que hizo de la empresa, teniendo en cuenta que su ingreso era \$828.116, adicional, está acreditado que los hermanos de la demandante le proporcionaban ayudas, de la investigación que realizó Seguros Bolívar como aseguradora de la póliza previsional a través de la empresa consultándose en la entrevista a la demandante donde manifestó de forma libre y voluntaria visita domiciliaria que se efectuaron que María Angélica y Cindy señalaban que los gastos del grupo familiar eran de 3 millones de pesos y respecto a alimentación transporte gastos médicos la causante era quien cubría esos gastos y su hija Angélica le da una ayuda de \$400,000 Cindy \$500,000, ha de tenerse en cuenta que lo expuesto en sentencia SL 5048- 2020 magistrado poniente de Santander Rafael Brito Cuadrado indicó que el dinero entregado ocasionalmente a la solicitante da cuenta más de una ayuda económica al sostenimiento de las necesidades básicas del padre de tal manera que la subsistencia económica del demandante no era soportada en gran medida por su hijo fallecido en tanto que se sostenía principalmente de la pensión de su progenitora pues no era de mayor contribución de ese grupo familiar y todos debían aportar para el cubrimiento de sus

y significativa como lo dijo el despacho ya que quedó demostrado que recibían ayuda de sus otras dos hijas, adicionalmente recibía ayuda de la hermana por valor de \$500.000 y es claro que el inmueble en el que reside es de propiedad de la demandante, la causante era estudiante de comercio exterior y con el salario que devengaba debía cubrir sus gastos propios conforme a la investigación que hizo de la empresa, teniendo en cuenta que su ingreso era \$828.116, adicional, está acreditado que los hermanos de la demandante le proporcionaban ayudas, lo cual se extrae de la investigación que realizó Seguros Bolívar como aseguradora de la póliza previsional a través de la empresa Consultándose, pues en la entrevista efectuada a la demandante manifestó de forma libre y voluntaria en visita domiciliaria que los gastos del grupo familiar eran de \$3.000.000 millones de pesos y respecto a alimentación, transporte y gastos médicos la causante era quien cubría esos gastos, así mismo su hija Angélica le daba una ayuda de \$400.000 y Cindy \$500.000.

Agregó, ha de tenerse en cuenta que lo expuesto en sentencia SL 5048- 2020 Magistrado Ponente de Santander Rafael Brito Cuadrado indicó que: “... *el dinero entregado ocasionalmente al solicitante da cuenta más de una ayuda económica al sostenimiento de las necesidades básicas del padre de tal manera que la subsistencia económica del demandante no era soportada en gran medida por su hijo fallecido en tanto que se sostenía principalmente de la pensión de su progenitora pues no era de mayor contribución de ese grupo familiar y todos debían aportar para el cubrimiento de sus necesidades básicas, de tal manera el dinero recibido no era determinante para que sin él pueda establecerse que no podía cubrir sus gastos ordinarios pues no solo era la única fuente de ingreso sino que la misma no era habitual ni constituía el soporte de su sustento económico*”, caso similar al que nos convoca el día de hoy donde también a la demandante en ese proceso se realizaban ayudas por parte de otros miembros de la familia en

necesidades básicas, de tal manera el dinero recibido no era determinante para que sin él pueda establecerse que no podía cubrir sus gastos ordinarios pues no solo era la única fuente de ingreso sino que la misma no era habitual ni constituía el soporte de su sustento económico, caso similar al que nos convoca el día de hoy donde también a la demandante en ese proceso se realizaban ayudas por parte de otros miembros de la familia y en atención a los gastos que cubría la causante Pues estaba claro que no solo se podía consultar como una ayuda económica más no que hubiese una subsistencia económicamente en el presente proceso sí debe efectuarse en caso tal de no proceder la revocatoria del fallo de primera instancia frente a Seguros Bolívar como quiera que es esta entidad quien debe dar cumplimiento de requisitos de dependencia económica de haber solicitado el pago de la suma adicionales a reconocerla en atención a la investigación que efectuó como aseguradora de la póliza previsional por lo que tampoco habría lugar a imponer condena por intereses moratorios ni costas a la aseguradora y el reconocimiento de esa suma adicional en estos términos dejo sustentado mi recurso”.

atención a los gastos que debía cubrir la causante, siendo una ayuda económica más no que existiera una subsistencia en el presente proceso.

Por su parte, la codemandada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. refutó³, en este proceso no se encuentra demostrado que hubiese habido una subordinación financiera respecto de la señora demandante, lográndose determinar que la causante fue diagnosticada en el año 2017 y falleció en el 2019, es decir, fueron 2 años en los cuales todos sus salarios e ingreso fue destinado a sus gastos propios. Relató, en la investigación de beneficiarios se analizó y determinó, según los dichos de los testigos que las medicinas, aportes, transportes y medicamentos eran sufragados por la causante, obrando también como medios de prueba la entrevista rendida por la demandante y por las mismas declaraciones de las hermanas de la fallecida.

Expuso, conforme a lo previsto por la CSJ SL 21 12 185 del 2016 y CSJ SL 816 del 2013 la existencia de una dependencia económica de la madre en relación con el descendiente es un asunto que debe establecerse en la perspectiva de las particularidades de cada caso determinando primero si el reclamante cuenta con ingresos adicionales como quedó visto en el caso y si estos ingresos son suficientes para cumplir la necesidad relativas a su sostenimiento y necesidades básicas, así como si es precario el apoyo o ayuda económica aunque fuere parcial, siendo determinante para llevar una vida en condiciones dignas con el

³ **Demandada Seguros Bolívar, Récord 47:51:** “De la manera más atenta presento recurso de apelación contra la sentencia emitida en este despacho judicial, toda vez que la compañía considera muy respetuosamente que el abordaje para emitir condena en contra y así mismo indicar que procede el pago de la suma adicional por ministerio consideramos que en este proceso no se encuentra demostrado que hubiese habido una subordinación financiera respecto de la señora, se logró determinar que la señora fallecida fue diagnosticada en el año 2017 y fallece en el 2019 fueron 2 años en los cuales todos sus salarios todo su ingreso fue destinado a sus gastos propios como la misma investigación de beneficiarios analizó y determinó según los dichos de los testigos que acudieron a dicha investigación como medicinas, aportes, transportes, medicamentos todas las hermanas todos esos dineros las mismas hermanas de la fallecida indicaban que ese valor que se recibía por parte del salario destinado para ella misma y los medios de prueba se encuentran en la entrevista rendida por la demandante y por las mismas hermanas de la fallecida, conforme a lo previsto por la CSJ SL 21 12 185 del 2016 y Corte Suprema de Justicia SL 816 del 2013. Se informa que la existencia una dependencia económica de la madre en relación con el descendiente es un asunto que debe establecerse en la perspectiva de las de las particularidades de cada casa determinar primero si el reclamante cuenta con ingresos adicionales como quedó visto en el caso y si estos ingresos son suficientes para cumplir la necesidad relativas a su sostenimiento y necesidades básicas y tercero precario del apoyo o ayuda económica Aunque fuere parcial es determinante para llevar una vida en condiciones dignas con el objeto de establecer la dependencia del beneficiario respecto de la causante original más adelante la sentencia indica efectivamente la finalidad de la prestación sobre la que elucubra se dijo en sentencia de la corte supremo de Justicia económicas que se generan en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de un afiliado con el fin de evitar un cambio sustancial de las condiciones de subsistencia para su propio sostenimiento de carácter médico importante para resolver las necesidades de la familia económico para sus propias necesidades por eso no había una subordinación económicamente, solicito se revoque la sentencia Muchas gracias”.

objeto de establecer la dependencia del beneficiario respecto de la causante original.

Más adelante señaló la recurrente, efectivamente la finalidad de la prestación es evitar un cambio sustancial de las condiciones de subsistencia para su propio sostenimiento importante para resolver las necesidades de la familia económico para sus propias necesidades por eso no había una subordinación económica en este caso.

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 MARY LUZ LEÓN AGUILAR las pretensiones relacionadas a páginas 9 a 10 del archivo 01, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 6 a 9, ibidem, aspirando de manera principal se condene a COLFONDOS S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en calidad de progenitora económicamente dependiente de la causante LORENA CÁRDENAS LEÓN a partir del 10 de abril de 2019 junto con las mesadas causadas y no pagadas, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, facultades extra y ultra petita y costas. **Obteniendo sentencia favorable** a sus aspiraciones por cuanto se declaró que la señora MARY LUZ LEÓN AGUILAR, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en su condición de madre dependiente, causada con ocasión al fallecimiento de la afiliada LORENA CÁRDENAS LEÓN, por reunir los requisitos establecidos en el art. 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, condenándose a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 10 de abril de 2019 en cuantía inicial equivalente a (01) SMLMV para dicha anualidad, por 13 mesadas anuales, junto con los reajustes legales a los que haya lugar, a pagar a favor de la demandante el retroactivo por las mesadas pensionales causadas a partir del 10 de abril de 2019, y hasta la fecha en que se haga la inclusión en nómina de pensionados la demandante junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 26 de

julio de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago del retroactivo condenado y se condenó en costas a Colfondos S.A. Así mismo, la juzgadora no accedió a la adición solicitada por la enjuiciada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.⁴ al referir, la suma adicional necesaria, cubierta con el seguro previsional, procede de manera automática cuando se condena a la administradora de pensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, esto es, por ministerio de la ley sin que tenga que existir pronunciamiento expreso en este caso. **Lo anterior, tras considerar** que con el material probatorio recaudado se encontraba probada la dependencia económica de la convocante respecto de su hija fallecida.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso de la causante LORENA CÁRDENAS LEÓN, acaeció el 09 de abril de 2019, así como, la señora MARY LUZ LEÓN AGUILAR ostentaba la calidad de progenitora de la fallecida afiliada (ver registro de nacimiento de la causante, pág. 88, archivo 01) y que la afiliada dejó causado el derecho a la prestación de sobrevivientes en tanto su deceso ocurrió con ocasión de una enfermedad que fue diagnosticada “Leucemia”, siendo sometida a tratamiento de quimioterapia y trasplante de médula ósea, siendo de origen común, pues al narrarse en los hechos de la demanda esta situación, las codemandadas no se opusieron (hecho tercero demanda, página 7, archivo 01). Tampoco se discute la afiliación de la *de cujus* a la AFP COLFONDOS S.A. (Páginas 94 y 95, archivo 01).

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido la causante el 09 de abril de 2019 (Páginas 87, archivo 01), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 13 establece: *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”*

En este orden, sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexecutable la expresión *“de forma total y absoluta”*, aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873,

⁴ (récord 49:21 - archivo 18)

del 23 de enero de 2008⁵, en la cual se consideró textualmente que “...la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, **siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**”. (Resalta la Sala).

⁵ “En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que **la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, se recibieron los testimonios de RICARDO MONTIEL SÁNCHEZ, MARÍA ANGÉLICA CÁRDENAS LEÓN, CINDY VIVINA CÁRDENAS LEÓN y ANDRÉS FELIPE RINCÓN RUGE, quienes declararon:

RICARDO MONTIEL SÁNCHEZ, récord 0:27:20, archivo 16: “Yo represento a la firma que hizo el estudio por parte de la ARL, hicimos la investigación y se contactó a la señora MARY LUZ estableciendo que reside en el barrio El Edén, que tiene 3 hijas de 31 años de edad, estaba en una empresa de Estación de servicios, la siguiente hija es Cindy que es madre un menor y se desempeña en una empresa de vehículos, Lorena padecía de leucemia y no pudo seguir trabajando en el área de contabilidad, los gastos propios de la causante ascendían a \$3.000.000 ya que debían comprar medicamento, quedó establecido que las hijas aportaban entre las 3, la propiedad donde residen es de una hermana que reside en España que tiene unos hijos drogadictos por eso la hermana dejó a su nombre la residencia, se entrevistó a un vecino y dijo que no tenía conocimiento que había fallecido Lorena, se entrevistó a María Angélica que es la hermana de la causante quien afirmó que los gastos los cubrían entre las 3, una compañera de Lorena dijo que la causante había adquirido un crédito para hacer un estudio, la jefe de recursos humanos manifestó que la empresa le pagaba el salario mínimo legal y que reunían plata para llevarle a la afiliada, se concluyó que la hermana de la reclamante le ayudaba, que la demandante tenía 9 hermanos y todos colaboraron cuando necesitaba, las personas que fueron entrevistadas firmaron en señal de aceptación, en el caso que nos ocupa fue Fabiola (hermana) quien hizo la entrevista e hizo el trabajo de campo”.

MARÍA ANGÉLICA CÁRDENAS LEÓN, récord 49:50: “Yo estaba en ese momento de la entrevista, yo fui quien respondió la visita, respondí en nombre de mi mamá, una señora llegó hacer la entrevista, mi mamá estaba mal e incluso viven en estado de depresión, mi mamá firmó y puso la huella porque yo le dije que firmará, ahí se dice que mi hermana tenía un plan de teléfono y eso es

mentira así como que mi hermana tenía agua y ahí nunca han tenido agua, en ese momento mi hermana estaba muy mal, eso no había pasado ni un mes, ella tenía mucho dolor y no paró bolas a eso, estaba en duelo, por eso yo respondí, la señora me dijo que le debía hacer firmar a mi mamá, yo no leí en ese momento, en ese entonces yo le ayudaba a mi mamá y en ese entonces se iba el dinero en quimioterapias, taxis para el médico de mi hermana, eran más o menos \$1.400.000, mi hermana ganaba como \$750.000, para completar la suma una de mis tías aportaba, habían amigos que nos colaboraba, un tío nos ayudaba, yo aportaba \$400.000 pero era esporádica, la casa es de mi tía pero se le pagaba arriendo, el arriendo costaba \$400.000, en la entrevista habían cosas que no fueron reales como que mi hermana y mamá tenían agua y teléfono cuando eso no sucedió”.

CINDY VIVINA CÁRDENAS LEÓN, récord 01:07:29, exclamó: “Mary Luz es mi mamá, yo pagaba arriendo en la casa de mi tía, yo vivía independiente a ella, no fui entrevistada por la ARL BOLIVAR, Lorena era la que le ayudaba en todo a mi mamá, ayudaba en todo, era la mano derecha de mi mamá, mi mami trabajaba por días en el aseo, Lorena siempre le ayudaba a mi mamá cuando estaba mal, Lorena con el sueldo de ella mi hermana y yo le ayudábamos en lo que podíamos, yo no le daba mucho arriendo realmente porque no me daba, ganaba un mínimo, cuando mi hermana estuvo mal, tocó darle comida especial, medicamentos y unas cremas costosas, una tía le colaboró a mi mamá, del resto era quedarse en el Hospital 24x7 y no se podía dejar sola mi hermana, yo le ayudaba con lo que podía como \$100.000 o \$200.000, era muy poco con lo que yo podía colaborar, mi hermana tenía 21 años, mi mami 49 años, mi hermana fue diagnosticada en el 2017 con Leucemia, ellas pagaban \$400.000 de arriendo, la verdad no preguntaba sino le daba a mi mamá cuando podía”.

Por último, **ANDRÉS FELIPE RINCÓN RUGE, récord 1:22:04**, narró: “Mary Luz es la suegra de mi hermano, es la madrina de mi sobrino mayor, yo sé que antes que Lorena se enfermara ella se retiró y se dedicó la hija, yo sabía qué hacía aseo pero no sabía más, nosotros entramos a la vida de ellos con mi hermano, las mayores la conocíamos, la muchacha que falleció vivía con la mamá y respondía por la casa y la mamá, nadie más vivía con ellas, ellas dos vivieron sola, mi cuñada o las hijas iban a visitarlas, supe que la hermana de Mary Luz es dueña de la casa y cuando se enfermó Lorena dejó de cobrarle el arriendo, no sé el tema de

los gastos, sabía las condiciones en que vivían pero no sé, supe que la hermana duró un tiempo colaborándoles cuando la niña estaba enferma, supe que la tía les colaboró con unos arriendos pero no sé cantidad ni tiempo, creo que el arriendo eran como \$300.000 o \$400.000 y la tía les colaboró a ellas para eso, yo vivo a 3 barrios más o menos, cuando Lorena estuvo en la etapa terminal fui y le colaboré con plaquetas, eso era una vez al mes, no sé la entrada ni los gastos, ella compraba todo, tuve conciencia que a ella no le alcanza la plata para comprar lo que necesitaba, yo fui testigo que le cancelaban a la hermana de Mary Luz, yo no mantenía en la casa, pero sabía cosas de la niña, lo que sé es que para colaborarles a doña Mary Luz le dijimos que se viniera a vivir conmigo y mi esposa, después que falleció la niña, la tía le cobró los arriendos y ella tuvo que salir de ahí, por eso llevamos 2 años viviendo juntos”.

En el interrogatorio recepcionado a la demandante, **récord 0:11:26, archivo 16:** “Tengo 53 años, soy diabética, no hago nada porque por la edad no me ocupan, vivo donde mi hija, para la fecha de fallecimiento de mi hija vivíamos en la casa de mi hermana, los gastos del hogar ascendía a \$1.800.000, siempre me ayudaba mi hija pero el último año tuvimos problemas, mi hija necesitaba unas cremas caras así que mi familia me ayudó, con la plata de ella pagábamos arriendo y muchos me colaboraban porque yo tenía que cuidarla 24 horas, de la plata de ella se pagaba todo, ella ganaba 750 pesos, mis dos hijas ayudaban pero no todas estas veces me daban, los últimos dos años fue terrible, mi hija para ,a manutención del hogar daba todo el sueldo, yo siempre cuidé a mi hija y mis hijas me colaboraban, no tenía ingreso adicional, me quedan 2 hijas, mi hija Lorena estuvo conmigo en todo momento, mis hijas me daban cuando podían así como que mi hermana, por ejemplo en el año me daban unas 2 o 4 veces, cuando yo no tenía le pedía a mis hijas y mis amigos, en arriendo pagábamos \$400.000 y luego los servicios, vivimos en Juan Rey y mi hermana me cobraba arriendo, en un apartamento independiente, porque ella tiene sus hijos que son viciosos y por eso ella me arrendó para no dejarlos meter en la casa, pagábamos arriendo y mercado, teléfono no había, el teléfono se lo pagaba el cuñado, no tenía nada más que pagar”.

Analizadas las anteriores declaraciones, se extrae que el señor Ricardo Montiel Sánchez tiene conocimiento de la investigación efectuada por la ARL SEGUROS BOLIVAR S.A. en el caso que ocupa a la Sala, toda vez que, según su dicho,

funge como representante de la sociedad de Consultoría, la cual fue encargada de hacer la investigación sobre la dependencia económica que le asistía a la actora con la causante. Al punto, narró los mismos hechos relatados en el acta de la investigación, enfatizando, no realizó la entrevista de manera personal a la señora MARY LUZ LEÓN AGUILAR, ya que en esta época estaba encargada la hermana, no pudiendo entonces, aducir situaciones diferentes a las plasmadas en el reporte.

En cuanto a los demás testigos recepcionados por la Juez de primer grado, estos son, MARÍA ANGÉLICA CÁRDENAS LEÓN, CINDY VIVINA CÁRDENAS LEÓN y ANDRÉS FELIPE RINCÓN RUGE, al ser las dos hermanas y amigo de la causante, respectivamente, fueron consistentes en señalar que una vez se empleó la causante LORENA CÁRDENAS LEÓN había trabajado para ayudar a su madre, inicialmente donde devengaba 1 salario mínimo legal mensual vigente ya que debían pagar un arriendo que oscilaba entre \$300.000 o \$400.000, enfatizando en que la *de cujus* LORENA CÁRDENAS LEÓN vivía con su madre únicamente ya que sus hermanas vivían en otro sitio de manera independiente. Estos declarantes señalaron, que la causante era joven y empezaba su vida laboral hasta que fue diagnosticada con Leucemia, pero ya era profesional, por eso laboraba como Auxiliar de Contabilidad hasta que duró en largos tratamiento requiriendo pañales, crema y comida especial, hasta que falleció. Así mismo señalaron, les consta que la causante sufragaba los gastos del hogar al ayudar con el salario devengado en su totalidad, advirtiendo los mismos y coincidiendo en este punto con la investigación efectuada por la ARL, consistente en que, cuando la causante comenzó su tratamiento, requirió de gastos elevados por lo que, durante dicha época fue apoyada económicamente por familiares y amigos.

De manera concreta, manifestaron que Lorena Cárdenas le daba dinero a la demandante para asumir gastos de servicios públicos, arriendo, mercado y otras necesidades, pese a que 1 salario mínimo no alcanzaba.

En este punto, debe señalar esta Corporación que si bien existen contradicciones frente al monto mensual que era necesario para suplir las necesidades de la fallecida y su madre, lo cierto es que de manera certeza se puede evidenciar que MARY LUZ LEÓN AGUILAR convivía con su hija en una casa que era de propiedad de una familiar (hermana de la demandante), quien les cobraba un arriendo, pero dada la situación de salud de Lorena Cárdenas no cobró algunos

arriendos. En este escenario se logró determinar que la señora MARY LUZ si era dependiente económica de la difunta.

A más de los testimonios reseñados, al cartapacio se incorporaron las declaraciones extra juicio rendidas por MARIA LIA LEÓN AGUILAR y FAUSTO SABATUEL CÁRDENAS RODRIGUEZ, rendidas ante el Notario 2do de Chía – Cundinamarca y Notario 54 del Circulo de Bogotá, en los que manifiestan que LORENA CÁRDENAS LEÓN, ayudaba a su madre mensualmente al convivir con ella y que la demandante dependía económicamente de ésta, en las cuales no se detallan las razones de tiempo, modo y lugar por las que les consta dicha circunstancia.

De otro lado, reposa copia del informe de investigación de beneficiarios LORENA CÁRDENAS LEÓN, realizado por SEGUROS BOLIVAR S.A. de fecha 14 de mayo de 2019 (páginas 96 a 100, archivo 01), del que se destacan los siguientes apartes:

“No tenía hijos, soltera, convivía su madre al momento del fallecimiento, por un tiempo de 22 años, con gastos aproximados de \$1.417.000.

El 30 ella me daba el sueldo para cubrir todos los gastos que tenían”

Igualmente, al sufrir la enfermedad la causante, durante todo el proceso de trasplante y quimioterapias hasta el deceso, la familia junto con su madre cubría los gastos con ayuda de todo el grupo familiar como hermanas y tíos, incluso, sacando de la tarjeta de crédito avances al tener que sufragar los gastos de Lorena Cárdenas en su enfermedad.

Así pues, las declaraciones recién reseñadas y la prueba documental analizada, en consideración de la Sala cuentan con plena credibilidad como quiera que, en lo que atañe a los testimonios, estos devienen de personas que percibieron los hechos sobre los cuales declararon, de manera directa y personal, quienes se mostraron conocedores de circunstancias personales de la causante y fueron certeros en sus afirmaciones, dando cuenta de la colaboración económica que brindaba LORENA CÁRDENAS LEÓN (q.e.p.d.) a su progenitora, aportando 1

salario mínimo aproximadamente, siendo claro que se suplían los gastos básicos que pudiesen generarse como arriendo, alimentación y pago de servicios públicos, declaraciones que revalidan lo afirmado por la demandante en su escrito introductor, advirtiendo las declaraciones de MARÍA ANGÉLICA CÁRDENAS LEÓN, CINDY VIVINA CÁRDENAS LEÓN se valoraron con mayor rigurosidad en razón de su parentesco con la demandante, precisando sus dichos no se muestran parcializados ni con el ánimo de favorecer a la promotora de este litigio, por el contrario concuerdan con las restantes versiones.

Nótese si bien se aportó el INFORME DE INVESTIGACIÓN efectuado a través de la empresa SEGUROS BOLIVAR S.A., en donde se registró la independencia económica de la actora fundada en que recibía ayuda económica de sus otras 2 hijas, lo cierto es que los aportes adicionales que pudiera recibir la demandante por parte de sus descendientes, no la hacen autosuficiente económicamente, pues según los testimonios ya reseñados, la ayuda que recibía por parte de éstas era esporádica, razón por la cual pese a que no se demostró en juicio cifras puntuales de la ayuda recibida, ni de los gastos totales de sostenimiento de la demandante, si quedó claro que su hija LORENA CÁRDENAS LÉON (Q.E.P.D) era quien en mayor parte asumía todos los gastos del hogar, pues las declaraciones fueron enfáticas en aseverar que del salario mínimo se pagaba el arriendo y los servicios públicos, manteniéndose esta dinámica hasta el día del deceso de LORENA CÁRDENAS LEÓN. Si bien la *de cujus* fue diagnosticada en el 2017 e inició tratamiento y demás procedimientos médicos hasta su muerte (9 de abril de 2019), durante este interregno la demandante junto con su hija siguió percibiendo una suma mensual, la cual era destinada para los gastos del hogar sumado a las necesidades propias de la enfermedad que aquejaron en vida a la difunta CÁRDENAS LÉON, siendo entonces la señora MARY LUZ LEÓN AGUILAR dependiente de la afiliada hasta el último día del deceso. A la par, en el informe de investigación se relaciona que la demandante no tenía en aquella época un empleo formal, iterando, al interior del proceso no se acreditó la suma que por ingresos recibiera la actora de los demás miembros de su familia, para con ello lograr determinar que en efecto no dependía económicamente de la causante.

Se recalca, no es óbice que, con anterioridad a la enfermedad, la afiliada LORENA CÁRDENAS LEÓN estuviera estudiando y a su vez aportando al hogar conformado con su madre (aquí demandante) ya que, si bien esta circunstancia

fue objeto de investigación por parte de SEGUROS BOLIVAR S.A., no se acreditó en el plenario que los gastos educativos abordaran todo el salario que devengaba la causante y que en efecto no podía aportar económicamente al hogar, quedando solo en dicho esta situación.

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

“Valga recordar lo que ha adocinado esta Sala, al expresar que la dependencia económica, exigida por la ley, debe confluir en los hijos del pensionado o afiliado, al momento del fallecimiento de éste, pues es precisamente el riesgo de orfandad lo que cubre la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, como en este caso, respecto de aquellos dependientes del fallecido que carecen de medios para su propio sustento, por encontrarse imposibilitados para trabajar, por salud o estudios (sentencia CSJ SL, 1º nov. 2011, rad. 44601).

(...)

Aunado a lo anterior, se ha de precisar que la Sala tiene establecido el criterio según el cual, la existencia de una prestación periódica en cabeza del beneficiario per se no implica que desaparezca la dependencia económica y que se excluya la posibilidad de acceder a otra, si no se demuestra que la que ya disfruta lo convierte en autosuficiente económicamente (sentencia de 24 de mayo de 2011, rad. N° 37595).

Esa posición doctrinaria la comparte la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, al fijar algunas pautas para determinar la dependencia económica así:

- 1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.*
- 2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica*
- 3. No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.*
- 4. **La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.***

5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes .

6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica. (Resalta la Sala)

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

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

“...si bien la dependencia económica de los padres con respecto de sus hijos no tiene que ser total y absoluta, si debe ser un verdadero sustento económico importante para resolver las necesidades de la familia que, de no tenerlo afecte la vida digna que se procura (sentencia CSJ SL4811 – 2014).

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

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

Así las cosas, el dinero que aportaba la señora LORENA CÁRDENAS LEÓN a su progenitora, no correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia su madre, sino por el contrario, **era determinante para su sostenimiento, dada la cantidad aportada y su periodicidad**, en tanto con este se suplían los gastos, todo lo cual permite predicar la dependencia económica que ostentaba la accionante respecto de la causante, quien además convivía con la actora siendo un hecho más que determinante cuando la señora MARY LUZ no es pensionada ni tiene vinculo laboral alguno.

En los anteriores términos, al configurarse el requisito de dependencia económica de la accionante respecto de la causante, extraído de la prueba testimonial recaudada y la documental aportada, valorada bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelada, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado en su integridad.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado las mismas conclusiones del a quo lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

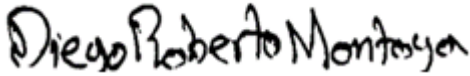
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

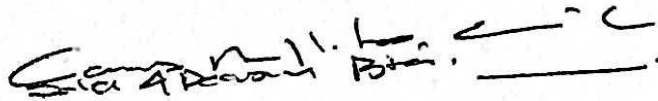
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUBEN DARIO
FRANCO TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 05
2021 00378 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ** como apoderado sustituto de **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO** como apoderada principal.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 22 de mayo de 2023 (*Audio archivo 18, récord: 41:58*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual realizado por el señor RUBEN DARIO FRANCO TORRES a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., inclúyase como agencias en derecho la cifra de cuatro (4) S.M.M.L.V., a cargo de cada una.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el Superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA S.A. apeló la sentencia, manifestando no estar de acuerdo con la condena en costas impuesta, teniendo en consideración la naturaleza de este proceso, dado que la misma Corte Suprema de Justicia ha indicado y señalado bajo el precedente jurisprudencial que aquí se está aplicando para acceder a las peticiones contenidas en la demanda, que para ese tipo de procesos o juicios le corresponde al operador judicial verificar el contexto histórico que rodeó el traslado de régimen, y en ese orden de ideas Skandia está asumiendo unos efectos de un acto que inició o que generó una administradora diferente a Skandia, en este caso particular Porvenir, considerando no es dable que se condene en costas a su representada teniendo en cuenta las situaciones especiales del caso concreto frente al traslado del régimen de la demandante, aduciendo siempre obró bajo los lineamientos jurisprudenciales legales vigentes y sobre todo bajo el principio constitucional de buena fe (*Audio archivo 18, récord: 44:17¹*).

¹ **APODERADA PARTE DEMANDADA SKANDIA S.A.:** Sí, su señoría, de manera muy respetuosa, presentar recurso de apelación parcial, especialmente contra lo referido a la condena en costas contra mi prohijada, su señoría fundó este recurso con fundamento en los siguientes argumentos, lo primero Honorables magistrado, de manera muy respetuosa, solicitó revocar la condena en costas contra mi prohijada teniendo en consideración la naturaleza de este proceso, dado que la misma Corte Suprema de Justicia ha indicado y señalado bajo el precedente jurisprudencial que aquí se está aplicando para acceder a las peticiones contenidas en la demanda, ha señalado que en ese tipo de procesos o juicios le corresponde al operador judicial, verificar el contexto histórico que rodeó el traslado de régimen, acto jurídico en quien intervino mi representada y en ese orden de ideas Skandia está asumiendo, son las consecuencias unos efectos de un acto que inició o que generó una administradora diferente a Skandia y en este caso particular, porvenir y en sentir de las suscrita Honorables magistrados teniendo en cuenta lo anterior, pues, no es dable que se condene en costas a mi representada aún más teniendo en cuenta las situaciones especiales del caso concreto en referente al traslado del régimen de la demandante. Segundo, el principio de la carga de la prueba también ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que en este tipo de procesos juicio la carga de la prueba la tiene, es la parte demandada, es decir cada una de los fondos administrados, que estamos demandados en este proceso, pues son los que tienen que acreditar y probar este deber de información y en ese orden de ideas no es dable, que se genere una condena en costas en ese tipo de procesos, cuando la parte demandante se limita única y exclusivamente a formular y presentar una demanda y no hay un gran y desplegado, tedioso, largo, prolongado debate probatorio y en ese orden de ideas, pues considera la suscrita que, basado precisamente en esa sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba, pues no es procedente generar aún más cuando se generó unas agencias que sumadas las dos condenas, suman 8 salarios mínimos y en ese orden de ideas, pues considero Honorables magistrados que no es dable que se genere condena en costas, por lo menos ante mi representada SKANDIA.

Finalmente, Honorables magistrados, consideró que tampoco debe condenarse en costas a SKANDIA, considerando que siempre obró bajo los lineamientos jurisprudenciales legales vigentes y sobre todo bajo el

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (**Páginas 1 y 2, archivo 02 Expediente digital**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 2 y 3 ibidem**), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. o en subsidio la nulidad del mismo, en consecuencia se condene a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados en el RAIS así como los rendimientos y demás sumas causadas, igualmente se ordene a Colpensiones contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen, ordenando a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas juntos con los rendimientos, frutos e intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes del demandante y proceder a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

principio constitucional de buena fe, y en esa orden de ideas señoría dejó por sentado, mis argumentos, referente a las razones que me llevan a solicitar, no condenar en costas a SKANDIA. Gracias, su señoría.

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de agosto de 1966 (*Página 23, Archivo 02 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría en el año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 19 de mayo del 2021, Porvenir 13 de mayo del 2021 y Skandia 10 de mayo del 2021 (*Páginas 34 a 39, 40 a 44 y 45 a 51, Archivo 02 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- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 283³ semanas (*pág. 12 Archivo 8 expediente digital Historia laboral aportada por Colpensiones*), 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 **18 de febrero de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1997** (*Páginas 57 y 59 archivo 9 expediente digital*) por afiliación que

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”.

3



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2022

ACTUALIZADO A: 16 agosto 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 79398757

Nombre: RUBEN DARIO FRANCO TORRES

Dirección: AUTOP S NRO 88 10

Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

Fecha de Nacimiento: 29/08/1966

Fecha Afiliación: 11/08/1995

Correo Electrónico:

Ubicación:

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006108802	MERCK DE COLOMBIA S	01/10/1988	31/12/1994	\$1.255.375	326,14	0,00	0,00	326,14

hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de

información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba

de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el

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

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

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1997 cuando se afilió a PORVENIR un asesor le indico las bondades de esa AFP, específicamente que se iba a pensionar antes de los 62 años con las rentabilidades de ese fondo por lo que decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

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

⁶ Audiencia del 22 de mayo del 2023, récord 10:21

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 demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (*Página 59 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 esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara 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 actor al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado 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 (18 de febrero de 1997, efectivo el 1 de abril de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 19, 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.

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA antes OLD MUTUAL, 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, frutos e intereses, 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.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez a quo- y también PORVENIR S.A. deberán retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸.

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

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

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

“(…)

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

Igualmente se dispondrá por parte de esta Sala 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 del 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 señaló recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Páginas 24 y 25, archivo 7 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de SAKNDIA S.A., téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 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, son 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 en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de noviembre del 2022, archivo 10 expediente digital.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como también PORVENIR S.A. deberán retornar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

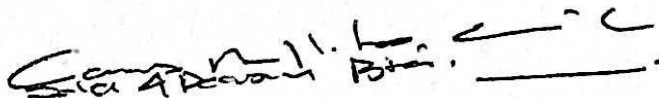
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

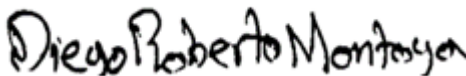
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LAMBERT HERARDO
ARCHBOLD HAWKINS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. Y MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 05 2021 00413 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada **ANGELA MARIA ROJAS
BOHORQUEZ** como apoderado sustituto de la demandada **ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los
efectos del poder conferido por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**.


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 numerales 1º y 2º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, proceden al estudio de los recursos de apelación interpuestos contra el auto que negó el decreto de la prueba testimonial solicitada por el demandante y la sentencia de primer grado, y en consecuencia profieren las siguientes decisiones:

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por la apoderada del demandante contra el auto proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 15 de febrero de 2023, mediante el cual negó a favor de dicho extremo, el decreto de la prueba testimonial de los señores ALIVIO CARLOS ROBINSON ARCHBOLD, SIGMON CASTELL BRITTON, REYNALDO CASTILLO GUERRERO, THOMAS WILLIAMS BENT ROBINSON y ELIBERTO VICENTE

TAYILOR ARCHBOLD, por considerarlos innecesario (Audiencia Virtual, archivo 25, récord 0:10:08).

En la sustentación del recurso señala la apoderada recurrente que se aparta de la decisión proferida por el Despacho, por considerar necesaria la práctica de la prueba testimonial por considerar que en este litigio es necesario escuchar las declaraciones de los compañeros del demandante, quienes fueron testigos al momento en que se dio el traslado ya que todos estaban en la empresa y firmaron el formulario, pudiendo corroborarse entonces cómo fue la asesoría y se dio el traslado de régimen con el aquel entonces HORIZONTE hoy PORVENIR (Audiencia archivo 25, récord 00:10:51).

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 4º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S. el auto mediante el cual se “... *niegue el decreto... de una prueba*” es susceptible del recurso de apelación, y en consecuencia procede la Sala a resolver lo pertinente atendiendo los puntos concretos objeto de controversia (Art. 66 A *ibidem*).

Al respecto es de advertir, la parte demandante solicitó la práctica de una prueba testimonial¹. En este orden de ideas, a efecto de determinar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas, es de advertir, las pretensiones a las que se refiere la demanda se enfilan a que se declare la ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR en fecha 23 de febrero de 1995, por estar viciado y ser contrario al derecho fundamental de la seguridad social y consecuente con ello se ordene el traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES junto con todos los conceptos percibidos y a que haya lugar (*archivo 02, Demanda y anexos, páginas 1 a 3 del expediente digital*).

Así las cosas, debe recordar la Sala, con la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, se fortaleció el principio de oralidad, el cual supone los de publicidad, inmediación y concentración, así como la premisa según la cual el Juez es el director del proceso, quien se erige como tal en el curso de los juicios laborales,

¹ Páginas 12 y 13, archivo 02 del expediente digital.

dadas las facultades que a él confiere el derecho procesal laboral, al consagrarlo así en el artículo 48 del C.P.L y S.S., norma que al otorgarle al Juez tal facultad, le permite conducir la litis en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes, y por sobre todo, la inmediación, permitiéndole estar al tanto en la formación de los medios de prueba de utilidad para su convencimiento.

El principio de inmediación es de la esencia del proceso oral, pues éste impone al Juez, estar siempre presente dirigiendo la actuación, con lo cual adquiere el conocimiento del litigio en toda su extensión, y tiene contacto directo con los intervinientes, lo cual le permite un amplio conocimiento de los hechos, así como conducir el procedimiento evitando dilaciones, actuaciones o pruebas innecesarias, siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes; igualmente, la concentración implica que los actos procesales deben aproximarse en el tiempo al máximo posible. En la misma orientación, el artículo 53 del C.P.L. y S.S., confiere la facultad al Juez de rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito, mediante decisión motivada.

De tal manera, sea lo primero significar, el Juzgador de primer grado, al resolver la solicitud de la prueba, lo hizo precisamente en uso de tales facultades, atendiendo a las circunstancias propias del tema, por lo cual, al negarse el decreto de la prueba solicitada, está ejerciendo las funciones derivadas de la inmediación y de la instrucción misma de la Litis, advirtiendo la Sala, si bien la parte actora tiene libertad probatoria para solicitar las pruebas que considere necesarias desde el momento en que impetra la demanda, lo cierto es que para el presente caso, la ineficacia del traslado gira en torno a la carga probatoria que recae sobre las AFP que integran el Régimen de Ahora Individual con Solidaridad, siendo irrelevante para el proceso las declaraciones de los señores ALIVIO CARLOS ROBINSON ARCHBOLD, SIGMON CASTELL BRITTON, REYNALDO CASTILLO GUERRERO, THOMAS WILLIAMS BENT ROBINSON y ELIBERTO VICENTE TAYILOR ARCHBOLD, no siendo entonces la prueba testimonial, el medio idóneo para dilucidar el problema jurídico sometido a estudio.

Razón por la cual se considera, conforme a los supuestos planteados y los medios de prueba decretados, los testimonios se hacen innecesarios y no prestan

utilidad a fin de esclarecer los supuestos fácticos de la demanda, no encontrándose por ende errada la decisión del juez a *quo* ya que atendiendo sus facultades como director del proceso obró de conformidad, atendiendo los postulados de los artículos 48 y 53 del C.P.L, lo cual no obsta para que en caso de haberlo considerarlo viable el Juzgador de primera instancia, en ejercicio de las aludidas facultades, hubiera decretado los medios de prueba que estimara necesarios para resolver el debate planteado por las partes.

De conformidad con las consideraciones que anteceden procede la confirmación del proveído apelado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

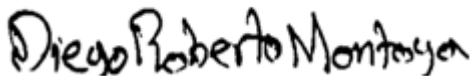
En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

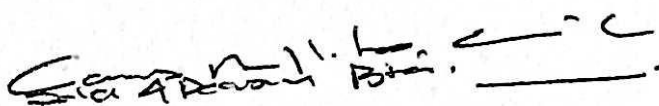
PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de conformidad con las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000.

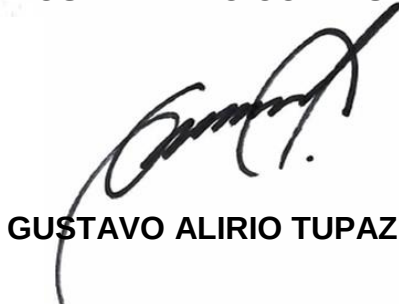
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

SENTENCIA

Dilucidado lo anterior, asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 5º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 15 de febrero del 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 25 Grabación Audiencia, Récord: 55:09*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor LAMBERT HERARDO ARCHIBOLD HAWKINS, a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas, de las demás pretensiones principales de la demanda declarando probada la excepción de petición antes de tiempo, respecto del reconocimiento de la pensión de vejez.

CUARTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., y a favor del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, COSTAS a cargo del señor LAMBERT HERARDO ARCHIBOLD HAWKINS a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, inclúyase como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior a favor de COLPENSIONES.

La presente decisión queda legalmente notificada a las partes.”.

Inconforme con la decisión, en primer lugar, la parte actora recurrió la misma², manifestando su inconformidad frente al reconocimiento y pago de las costas a

² **Recurso Demandante (récord, 56:56):** “Me permito indicar que el tema de la petición del reconocimiento de la pensión se pidió de manera subsidiaria, en tanto que se solicitó en caso de no accederse a la nulidad o ineficacia del traslado, sí, ello se hace en este sentido, con la finalidad de fijar una cuantía dentro del proceso, porque si bien la Corte Suprema de Justicia es clara, en la línea jurisprudencial, el tema de nulidades, ineficacias del traslado, aún hay despachos que se apartan de esa tesis y niegan la nulidad, de ahí la necesidad de digamos, fijar o tener determinada una cuantía.

Ahora bien, en lo que respecta a las costas, a favor del Ministerio y en contra de mi representado, pues, solicitaría que se reconsidere y en subsidio interpongo recurso de apelación en el entendido en que la finalidad con la cual se vinculó al Ministerio de Hacienda no fue otra diferente a quererle garantizar el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa a esta parte procesal. Mal o bien el Ministerio de Hacienda administra recursos públicos y en el caso de un bono pensional, estos recursos salen del Ministerio de Hacienda, a la larga, es una parte dentro del proceso que se ve afectada por las decisiones que se tomen dentro del proceso, de ahí la insistencia en que se vinculara al Ministerio de Hacienda.

Nótese que no se hizo, en un acto caprichoso, sino únicamente en aras de querer garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de esta parte, vuelvo y repito, e insisto, porque si bien es clara, la línea jurisprudencial, aún hay despachos, incluso tribunales, que se apartan de ello, en ello es que radica la solicitud, nuestra insistencia e incluso las peticiones, es cierto, sabemos, tenemos plena conciencia de que el señor nuestro poderdante aún no cumple la edad para pensionarse, sin embargo, se insistió en ello porque

favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Soportó su decisión aduciendo que la finalidad de vincular al Ministerio de Hacienda no fue otra diferente a garantizar el debido proceso, el derecho de contradicción y defensa a esta parte procesal y bajo el entendido que administra recursos públicos, siendo dispendiosa la intervención al existir un bono pensional.

Narró, no se trató de un acto caprichoso, sino únicamente en aras de querer garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de esta parte, porque si bien es clara la línea jurisprudencial, existía la probabilidad de que se negara la ineficacia.

Por su parte, COLPENSIONES argumentó³, no resulta procedente que al realizar la devolución de los aportes por parte del fondo privado la entidad solo tenga en cuenta los frutos e intereses, sin percibir los gastos de administración, esto, teniendo en cuenta la sentencia SL-2611 del 2020 del Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, en la cual señala que es un deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no puede permanecer en sus arcas, sino retornar al régimen de prima media, al igual la sentencia SL-1421 del 2019, plasma que cuando se declara la ineficacia del

existía la probabilidad de que se negara la nulidad y pues se accediera a la pretensión de manera subsidiaria, en términos de cuantía, si lo dejábamos con una absoluta nulidad, yéndonos al futuro, ello podría, coartarnos ante un posible recurso de casación. Por estas razones, señor Juez, señores magistrados, le solicito reconsiderar la condena en costas, en contra de mi poderdante y a favor del Ministerio de Hacienda en un salario mínimo”.

³ **Recurso Colpensiones (récord, 1:00:17):** “Me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, pues solicitando, con todo respeto, se modifique el número del segundo de la decisión de primera instancia, pues teniendo en cuenta que no resultaría procedente que al realizar la devolución de los aportes por parte del fondo privado mi representada COLPENSIONES, solo se tenga en cuenta los frutos e intereses, sin tener adicional en cuenta los gastos de administración, pues como se señaló o señala el Juez de primera instancia, por lo anterior teniendo en cuenta lo señalado en la sentencia SL-2611 del 2020 del Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, en los cuales se señala claramente que es un deber trasladar a Colpensiones los gastos de administración, en razón a que los mismos fueron el resultado de una conducta indebida al momento del traslado, de modo que no puede permanecer en sus arcas, sino retornar al régimen de prima media, al igual la sentencia SL-1421 del 2019, señala también el magistrado ponente Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declara la ineficacia del traslado, se señala que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP. Bajo estos mismos argumentos, pues también, resulta viable la orden al fondo privado de reintegrar a Colpensiones, pues con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados y seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumadas todas que deben de pagarse debidamente indexadas.

De esta forma, pues dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando a la Honorable Sala se modifique el numeral segundo del fallo de primera instancia, pues en el sentido que se debe trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, pues junto con todos los valores y sus gastos de administración, pues esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el Régimen de Prima Media.”.

traslado, se señala que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP.

Bajo estos mismos argumentos, también resulta viable la orden al fondo privado de reintegrar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos, los valores utilizados y seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, sumadas todas que deben de pagarse debidamente indexadas.

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 02 del 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 nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por estar viciado y ser contrario al derecho fundamental de la seguridad social, se declare cualquier otro beneficio de traslado o multivinculación que la norma haya dispuesto y que permita regresar al RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, se ordene al fondo de Pensiones y Cesantías a trasladar del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida la totalidad de las cotizaciones con los rendimientos, costos de administración, las primas de seguro y reaseguro, volviendo las cosas a su estado inicial, se declare que es Colpensiones quien debe reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con la norma más favorable, se declare que el actor tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca una pensión de vejez una vez cumpla con los requisitos, conforme a su régimen pensional desde la fecha de causación y efectividad del derecho pensional, se de aplicación a los principios ultra y extra petita y se condene en costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó, se declare que el fondo privado al cual está vinculado actualmente el demandante es quien debe pagar la pensión liquidada de forma correcta y en el mayor valor que prometió al momento del traslado; tomando los valores reales de rendimiento de aportes y bono pensional, de IBC, bono pensional, expectativa de vida del afiliado y de sus beneficiarios, de conformidad

con la norma y forma que más le favorezca, acorde con lo probado en el proceso, desde la fecha de causación y efectiva de la pensión, que el fondo restablezca el valor real de los rendimientos financieros del ahorro ante el RAIS acorde al mercado, se condene a la AFP a reconocer la pensión, bajo el cálculo real del monto de la mesada pensional, sea pensión por capital, por garantía mínima o anticipada, al pago de los intereses indemnizatorios, acorde al artículo 717, 1608, 1610, 1617 y concordantes del Código Civil e indexación.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor LAMBERT HERARDO ARCHIBOLD HAWKINS, a través de PORVENIR S.A., se ordenó el traslado a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral y se condenó en costas a PORVENIR S.A., a favor del demandante, igualmente, condenó en costas al señor LAMBERT HERARDO ARCHIBOLD HAWKINS a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por considerar que esta entidad no debió ser llamada a juicio al ser irrelevante en este caso ya que el demandante no ha cumplido los 62 años para la redención del bono y lo que se persigue principalmente es la ineficacia del traslado.

Frente a las pretensiones subsidiarias indicó que no hay lugar a pronunciamiento alguno al haber prosperado las súplicas principales, sumado a que el actor presentó la solicitud de pensión antes de tiempo, no siendo entonces procedente el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran

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 23 de abril de 1964 (*Página 18, Archivo 02 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplirá en el año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 05 de mayo de 2021 (páginas 50 a 53, archivo 02) y PORVENIR el 19 de junio de 2021 (páginas 70 y 71, archivo 02), 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- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 453,29 semanas (*pág. 110 Archivo 09 expediente digital*)⁵, 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 **23 de febrero de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo de 1995** (*Páginas 100 y 104 archivo 09 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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”.

5

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3173	453.29	0	0.00	0	0.00	3507	501.00	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3173		SEMANAS: 453.29		DIAS: 3507		SEMANAS: 501.00					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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).

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Así, discurrió:

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de

información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba

de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el

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

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

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1995 cuando se afilió a PORVENIR un asesor le indico las bondades de esa AFP, y que en todo caso el ISS se iba acabar, de modo que la única opción que tenía

⁸ **Interrogatorio Demandante, récord 12:33, archivo 25:** “En el año 1995 me trasladé, había una empresa que se llama Electricadora de San Andrés y Providencia luego pase a otras empresas y de último pasamos a Porvenir que empezamos a cotizar desde enero de 1997, creo. Yo suscribí el formulario, me lo trajeron para firmarlo y nos dijeron que Porvenir iba a pagar una pensión más alta que Seguros Social y que uno podía jubilarse a cualquier edad mientras tiene las semanas cotizadas, cuando llegaron los asesores decían que uno podía sacar la plata en cualquier momento si uno no quería ser pensionado, no me explicaron sobre la cuenta de ahorro individual, ni rendimientos financieros, nunca tuve comunicación con Porvenir, solo cuando me afilié y ya, como ellos decía que la pensión iba a ser más grande entiendo ahora que es todo lo contrario, Colpensiones es más ideal y con el fondo privado hay mucho problema”.

era afiliarse a un fondo privado por lo que decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

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

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (*Página 104 Archivo 09 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo

mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado

elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(23 de febrero de 1995, efectivo el 1º de marzo de ese año)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, 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 PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, 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.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones y siendo objeto de apelación este punto, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹⁰.

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.**”*

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Igualmente se dispondrá por parte de esta Sala 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 del 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.” (Negritas 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹¹ (Página 22, 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.

Finalmente, respecto a las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante ya que fue condenado a reconocer este concepto a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 17 de mayo de 2022, archivo 17 expediente digital.

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 solo a PORVENIR y COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que el demandante sea condenado en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este sentido.

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,

R E S U E L V E

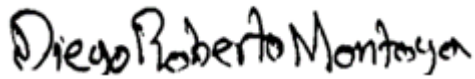
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como deberá retornar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

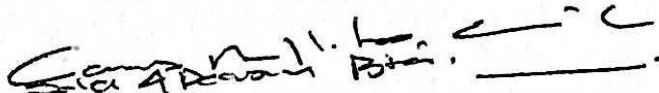
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

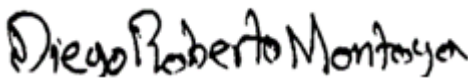
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JENNY ANDREA
CASTRO MESA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2022 00140 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de abril del 2023 (Audio archivo 15, récord 35:45), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a pagar a la señora JENNY ANDREA CASTRO MESA una pensión de invalidez a partir del 1 de noviembre de

2018 en cuantía de 1 SMLMV junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional. Las mesadas deberán ser debidamente indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior a que se efectúe su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

CUARTO: SIN COSTAS en este proceso.”

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 se procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones contenidas en la demanda (archivo 02. Demanda y anexos.pdf págs. 1 y 2 expediente digital), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en la **página 3 ibídem**, dirigidas principalmente se condene a PORVENIR a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 1° de septiembre del 2012, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas que no sean sujeto de intereses moratorios, costas procesales incluyendo las agencias en derecho, condenas *ultra* y *extra petita*. En subsidio solicitó se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la prestación pensional. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se condenó a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante la pensión de invalidez, pero a partir del 1° de noviembre del 2018 (día siguiente a la última cotización efectuada) en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, debidamente indexada al momento del pago.

Lo anterior tras considerar que la demandante se encontraba válidamente afiliada a Colpensiones, como consta en todos los documentos emanados de Colpensiones; por lo que la actora cumplía con los requisitos para alcanzar la pensión de invalidez (semanas y porcentaje de PCL) precisando que si bien el

dictamen de PCL no le fue notificado a Colpensiones ello no era impedimento para el reconocimiento de la prestación a la que tenía derecho la accionante desde el día siguiente a la última cotización realizada como trabajadora dependiente.

Bajo tal entendido, habida cuenta que se conoce del presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

En orden a lo anterior, a fin de desatar la instancia, debe inicialmente precisarse si bien dentro de este juicio fue llamada a la litis PORVENIR, ello obedeció a que existió un conflicto de MULTIAFILIACIÓN en el cual se definió que la actora se encontraba válidamente vinculada al ISS, de conformidad con el registro que se efectúa en el SIAFF expedido por ASOFONDOS (*Archivo 7 expediente digital* pág. 48)

Datos de Pensión del afiliado

Multiafiliações

Anulaciones

Datos de Pensión RAIS

Datos de Pensión RPM

Datos de Certificación

Entidad involucrada en Multiafiliação	Razón de multiafiliação	Indicador definición de multiafiliação con el ISS	Tipo de reclamo definición multiafiliação	Fecha de solución multiafiliação
		4 - Definido a favor del ISS	6 - Revisados Decreto 3995/08 Población No Multivinculada T.V.	2008/10/16

Regresar

Sumado a lo anterior obra certificación de la AFP PORVENIR en la que se señala que si bien hubo una afiliación del 1° al 31 de diciembre del 2013, el valor de esos aportes fueron trasladados a COLPENSIONES el 19 de abril del 2021 así:



SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

PORVENIR S.A.

NIT 800.144.331-3

INFORMA QUE:

El (la) Señor (a) **CASTRO MESA JENNY ANDREA** identificado (a) con CC 52483169, presenta en su cuenta individual número 7828915 del **FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS** los siguientes datos:

Vigencias

FECHA DE INICIO	FECHA DE RETIRO	ENTIDAD TRASLADO
01/12/2013	31/12/2013	
01/12/2013	01/12/2013	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Empleadores que efectuaron aportes:

NIT	RAZÓN SOCIAL

Valores Traslados:

FECHA PAGO	VALOR	ENTIDAD
19/04/2021	\$18.443.034	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Cordialmente,



Gerencia de Clientes

De este modo se tiene entonces que la señora JENNY ANDREA CASTRO MESA se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES efectuando aportes al RPM desde el 1° de octubre de 1997 conforme se puede evidenciar de la historia laboral aportada por esa entidad en el expediente administrativo (*Archivo 06 expediente digital, págs. 249 a 263*)

Superado el punto anterior, se advierte, no es motivo de controversia en esta instancia la demandante fue calificada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, con una pérdida de capacidad laboral del **50.10%**, estructurada el **1° de septiembre del 2012**, de origen común, cuya fecha de dictamen fue el 14 de agosto del 2020 (*Archivo 02 expediente digital páginas 9 a 14*),

En ese orden, de conformidad con lo previsto en el artículo 39¹ de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003 y vigente para la fecha de estructuración de invalidez de la actora (1° de septiembre del 2012) tendrán derecho a la pensión de invalidez los afiliados al sistema que de acuerdo al artículo 38 *ejusdem* sean declarados inválidos² y acrediten 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez.

Con relación al primero de los requisitos, esto es, la condición de invalidez, el mismo se encuentra acreditado al tenor de lo consagrado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, en atención a que, de conformidad con el dictamen ya citado, la

¹ **Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** 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. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria¹.

Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

² **“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

señora CASTRO MESA contaba con una pérdida de capacidad laboral del 50.10% estructurada el 1° de septiembre del 2012.

Frente a las semanas de cotización, conforme al reporte de cotizaciones expedido por COLPENSIONES y con fecha de actualización 7 de julio del 2022 (*Archivo 6 expediente digital págs. 249 a 263*) se evidencia la promotora de litis acredita un total de 854,29 semanas en toda su vida laboral (1/10/1997 a 30/09/2021), precisándose durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez - **1° de septiembre del 2009 al 1° de septiembre del 2012-** tenía **145.28 semanas**, es decir cumple con el requisito de las 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, que la hace beneficiaria de la pensión reclamada.

En este punto y en cuanto al argumento que sostiene COLPENSIONES en su defensa de no haber reconocido la pensión de invalidez a la promotora del presente litigio, por cuanto no le fueron notificados los dictámenes de PCL, baste con señalar si bien el artículo 2 del Decreto 1352 de 2013 *“Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.”*, establece que se entenderá como personas interesadas en el dictamen y de obligatoria notificación o comunicación como mínimo las siguientes:

1. La persona objeto de dictamen o sus beneficiarios en caso de muerte.
2. La Entidad Promotora de Salud.
3. La Administradora de Riegos Laborales.
4. La Administradora del Fondo de Pensiones o Administradora de Régimen de Prima Media.
5. El Empleador.
6. La Compañía de Seguro que asuma el riesgo de invalidez, sobrevivencia y muerte.

Lo cierto es que dicho trámite administrativo no es óbice para la negativa en el reconocimiento de la prestación pensional, y tampoco puede ser achacable a la afiliada sin que pueda ver truncado su derecho pensional por tal falencia, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, máxime cuando la actora desde el momento en que solicitó la

pensión de invalidez cumplía con los requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento, advirtiéndose la notificación del dictamen a la AFP no es un requisito contemplado en la norma para el reconocimiento de la prestación.

Ahora en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación pensional, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Inciso 3 del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 el cual señala:

ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*

- a. *El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.*
- b. *El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.*

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

De esta manera es claro entonces que la fecha de disfrute de la pensión de invalidez lo sería desde la data en que se estructuró la misma, que para el presente asunto lo fue el **1° de septiembre del 2012**, no obstante, debe advertir esta Sala de decisión el Juez de primer grado ordenó su pago a partir del **1° de noviembre del 2018** tras considerar erradamente que fue la fecha de la última cotización de la actora³, decisión que no podrá ser modificada en esta instancia, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones (pues le sería más gravosa) y además por cuanto ese aspecto no fue objeto de apelación por la parte actora, igualmente el monto de la prestación pensional que se ordenó en primera instancia en cuantía igual a un salario mínimo tampoco se modificara por las mismas consideraciones.

³ Conforme a la última historia laboral aportada por COLPENSIONES de fecha 7 de julio del 2022 la última cotización en calidad de trabajadora dependiente lo fue el 30 de septiembre del 2021 (Archivo 6 expediente digital págs. 249 a 263)

Sin embargo, y como quiera que el Juez *a quo* no liquidó el retroactivo adeudado, esta Corporación procederá a concretar su valor, obteniendo como valor adeudado de mesadas pensionales causadas del **1° noviembre del 2018 al 31 de julio del 2023** (fecha de la presente sentencia) la suma de **\$57.451.511**, la cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/11/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	3,00	\$ 2.343.726,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
01/01/23	31/07/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	7,00	\$ 8.120.000,0
Total retroactivo				\$ 57.451.511,00	

En relación con el pago debidamente indexado del retroactivo adeudado, dicha condena resulta totalmente procedente en tanto 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, 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:

“...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.”

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada⁴, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir de la fecha en que se emitió el dictamen definitivo de PCL que le otorgó una PCL del 50.10%, presentando reclamación ante Colpensiones el 25 de febrero del 2021 (*conforme el contenido de la Resolución No. 2021_2162073 pág. 28 Archivo 2 expediente digital*) y la fue radicada el demanda el 28 de marzo del 2022⁵ (acta reparto archivo 1) , por lo que es claro que no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo.

Finalmente, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras "*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*".

De esta manera se agota la competencia de la Sala en esta instancia, procediendo a adicionar la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto y a concretar el valor del retroactivo adeudado, confirmándose en lo demás por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

⁴ En la contestación de la demanda (pág. 4 Archivo 7), la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de octubre del 2022 (Archivo 10).

⁵ Se admitió la demanda por auto del 17 de junio del 2022 (archivo 3 expediente digital), notificada por anotación en el estado No. 90 del 21 de junio del 2022 y a Colpensiones le fue notificado el libelo el 1° de julio del 2022 (Archivo 04 expediente digital), esto es, se notificó dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primer grado en cuanto a que el retroactivo adeudado a la demandante desde el 1° de noviembre del 2018 hasta la fecha de esta sentencia (31/07/2023) asciende a **\$57.451.511**, el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/11/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	3,00	\$ 2.343.726,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
01/01/23	31/07/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	7,00	\$ 8.120.000,0
Total retroactivo				\$ 57.451.511,00	

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 5 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes Corredor

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA YURANI
PARIAS CAICEDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDO S.A. (RAD. 07 2021 00024
01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS 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 29 de junio del 2023 (*Audio archivo 35*), en la que se resolvió (récord 36:01):

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación y traslado de régimen pensional realizado por las señoras demandante (...)y de la señora Patricia Yurani Parias Caicedo con la AFP COLFONDOS el 31 de enero del año 2000, contenido en el formulario número 7364987.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que son titulares la señora (...) y PATRICIA YURANI PARIAS CAICEDO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados en los aportes pensionales de las demandantes (...) y PATRICIA YURANI PARIAS CAICEDO desde enero del año 2000, cuando ocurrieron los traslados del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a 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 y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Colfondos el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, de la notificación de dicho auto, deberán presentar en ambos procesos un informe discriminando debidamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, valor de los aportes que se devuelven de los rendimientos, valor de los descuentos, objeto de devolución y el valor de su indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como sus afiliadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a las señoras demandante desde su afiliación inicial al Régimen de Prima Media.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES y COLFONDOS, en cada uno de los procesos objeto de decisión.

SEXTO: las **COSTAS** en cada uno de los procesos que se deciden son a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS y a favor de las demandantes, las agencias en Derecho se tasan en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha del pago a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS en cada uno de dichos procesos.

SÉPTIMO: ORDENESE la **CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y al fin el superior, revise la legalidad de lo decidido”.

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

Inicialmente COLPENSIONES expresa que la demandante se encuentra frente a la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la cual manifiesta que después de la vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltará 10 años o menos para concretar su derecho pensional.

Expresa que el deber de información solo se materializó a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, por lo que los fondos privados contaban exclusivamente con el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario de los afiliados, es decir, que las leyes que surgieron de 1993 al 2014, no exigían nada más diferente que a este formulario de afiliación, refiriendo no ser válido imponerle a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico, pues tal exigencia, desvirtúa el principio de la confianza legítima.

Señala que eexisten obligaciones recíprocas por parte de los afiliados al sistema las cuales están resaltadas en el decreto 2241 del 2010, una de ellas es informarse adecuadamente del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional, por lo que el silencio particular en los dos casos y el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen ahorro individual, para lo cual cita la sentencia proferida en el proceso No. 2018-445 del 30 de julio del 2020, donde el magistrado ponente David Correa Esther indica que no es posible que los demandantes ahora pretendan la nulidad o la ineficacia jurídica, cuando observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende los afiliados deben someterse a las condiciones del sistema general, tal como lo afirmaron al momento de la vinculación o al momento de la firma del formulario.

Por otro lado expresa no estar de acuerdo con la decisión por el principio de la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica quiebra directamente el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la constitución política, en el que se refiere que no se podrá destinar los recursos de su representada para pagos diferentes a ello dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada de traslado de un demandante del RAIS al RPM afecta directamente la Sostenibilidad Financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados al sistema pensional dado que su ahorro lo hizo de manera individual y no ayudó a financiar las demás pensiones de los demás afiliados a la RPM y su ahorro no sería suficiente.

Por último, respecto a la condena en costas, solicita que se revoque esta condena por cuanto no influyó en las decisiones de la demandantes y además el inciso 4º del artículo 48 de la constitución política, refiere que no se podrá destinar los recursos de mi Colpensiones para fines diferentes a ellos, dado que el pago de costas y agencias en Derecho serían contraria a esta perspectiva constitucional, toda vez que Colpensiones primero no participa en estos actos

que se declara nulo ni mucho menos ineficaces, sino es un tercero de buena fe.
(Audio archivo 35, récord: 39:02¹)

¹ **APODERADO PARTE DEMANDADA COLPENSIONES** Gracias, su Señoría me permito interponer los recursos de apelación dentro de los procesos (...) y 2021 00024, teniendo en cuenta su Señoría que primero, respecto a las demandantes se encuentran frente a la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la cual modificó, señores magistrados, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la cual manifiesta que después de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltará 10 años o menos para concretar su derecho pensional.

Respecto al deber de información, señores magistrados, la Corte Suprema utiliza el decreto 663 de 1993, sin embargo, señores magistrados, este deber solo se materializa a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, con lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario de los afiliados, es decir, que las leyes que surgieron señores magistrados de 1993 al 2014, no exigía nada más diferente que a este formulario de afiliación. Así las cosas y el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas, señores magistrados, bajo la normatividad vigente al momento de la suscripción del formulario de la materialización del traslado.

No es razonable, señores magistrados, ni válido, e imponerle a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico, pues tal exigencia, desvirtúa primero el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de la legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de la defensa o la oportunidad para interponer los recursos de ley, sino también, como lo expresa el artículo 29 de la constitución política, el ajuste de la norma debe ser preexistente al acto que se juzga. Es por eso que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes viola gravemente el principio al debido proceso ante COLPENSIONES, quien sin haber participado en este trámite es el que debe afrontar una carga prestacional.

Por otro lado, señores magistrados y en un caso hipotético, la AFP le debió de brindar a las actoras una información para la escogencia de su régimen pensional, esto tampoco las exonera, señores magistrados de la escogencia del régimen pensional, de la cual también dependía sus expectativas económicas, el plazo para acceder a una prestación de vejez, como tampoco la sustraía señores magistrados, darle tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a un acto de mayor importancia.

Por todo ello, también le pido respetuosamente a los magistrados resaltar que existen obligaciones recíprocas por parte de los afiliados al sistema de obligaciones, obligaciones que están resaltadas en el decreto 2241 del 2010, una de ellas es informarse adecuadamente el sistema general de pensiones y dos aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional y de conformidad con la normativa anterior, señores Magistrados, se destaca el silencio particular en los dos casos, pues en el transcurso del tiempo se entenderá que la decisión de las demandantes es una decisión consciente de permanecer en el ahorro individual. Así las cosas, también traigo a colación, señores magistrados, sentencias como la 2018-445 del 30/07/2020, donde el magistrado ponente David Correa Esther indica primero frente a la provisión legal y manifiesta que no es posible que los demandantes ahora pretendan la nulidad o la ineficacia jurídica, pues cuando observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende, los afiliados deben someterse a las condiciones del sistema general, tal como lo afirmaron al momento de la vinculación o al momento de la firma del formulario.

Por otro lado, la suscrita no comparte la decisión del despacho frente al principio de la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica quiebra directamente el principio de la sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la constitución política, en la que se refiere que no se podrá destinar los recursos de mi representada para pago diferentes a ello, así como lo establece sentencias como la C-1024 del 2004, la SU-062 del 2010 y la SU-130 del 2013, donde la Corte Constitucional en materia de traslado indica que nadie puede resultar, subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados, dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada de un demandante del RAIS al RPM afecta directamente la Sostenibilidad Financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados al sistema pensional, situado también textualmente en sentencias como la T-489 del 2010, donde dice que no se puede permitir la descapitalización del fondo públicos y personas que no contribuyeron a su formación, vienen del último momento de beneficiarse de una pensión que no estaría acorde a sus aspiraciones y por los anteriores argumentos, señores magistrados, no se debió declarar la ineficacia jurídica, pues en última sería el patrimonio público, el cual llegará a pagarle una pensión a las demandantes, dado que su ahorro lo hizo de manera individual y no ayudó a financiar las demás pensiones de los demás afiliados a la RPM y su

COLFONDOS por su parte refiere en la alzada no estar de acuerdo con la devolución de los conceptos ordenados pues haciendo una lectura del Decreto 2555 del año 2010 se tiene que dichos rubros fueron discriminados frente a 11 gastos, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial de fondos para la compra de seguros previsional de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales la accionante se ha encontrado amparada bajo los riesgos de esta naturaleza, los otros 9 aduce fueron destinados a realizar las inversiones propias de los fondos privados los cuales generan los respectivos rendimientos que son depositados en las diferentes cuentas de ahorro individual de los afiliados.

Igualmente señala que dando alcance a los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, se establece que la forma de financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivencia para los cuales las AFP contratan un tercero asegurador de buena fe, se realiza a través de un contrato, un acto jurídico independiente con ocasión de la prima de seguro pensional, por lo cual insiste que dichos descuentos conforme al alcance del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, no son sometidos a discreción de las administradoras, sino contrario a ello, están previamente sometidas a disposición de la Ley 100 de 1993, razón por lo cual se opone a la devolución de dichos rubros al régimen de prima media con prestación definida. (*Audio archivo 35, récord: 45:21²*)

ahorro no sería suficiente, señores magistrados, para financiar su propia pensión y, por último, respecto a la condena en costas, señores magistrados, les solicito, qué se revoque esta condena en costas a mi representada, la cual primero no influyó en las decisiones de las demandantes y en este punto resaltó el inciso 4º del artículo 48 de la constitución política, en la que se refiere que no se podrá destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ellos, dado que el pago de costas y agencias en Derecho serían contraria a esta perspectiva constitucional, toda vez que Colpensiones primero no participa en estos actos que se declara nulo ni mucho menos ineficaces, sino es un tercero de buena fe. De esta manera, señores magistrados, dejó sustentados mis recursos de apelación, muchas gracias, señores magistrados, muchas gracias su Señoría.

² **APODERADO DE COLFONDOS:** Gracias su Señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida por este despacho puntualmente frente a los elementos adyacentes a la cuenta de ahorro individual de las aquí accionantes, teniendo en cuenta o haciendo lectura del Decreto 2555 del año 2010 se tienen que dichos rubros se determinó discriminando frente a 11 gastos, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial de fondos para la compra de seguros, previsional de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales las aquí accionantes se han encontrado amparados bajo los riesgos de esta naturaleza y se encontraban incluso en amparadas, bajo estas circunstancias (inaudible) hasta la ejecutoria del fallo.

Los otros 9 son destinados a efectos de realizar las inversiones propias de los fondos privados, los cuales generan los respectivos rendimientos que son depositados en las diferentes cuentas de ahorro individual de los afiliados. Por otra parte, dando alcance a los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, se establece que la forma de financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivencia para los cuales las AFP contratan un tercero asegurador de buena fe, se realiza a través de un contrato, un acto jurídico independiente y hecho pago (inaudible) con ocasión de la prima de seguro pensional, pues corresponde justo a estos emolumentos, por lo cual se reitera insiste que dichos descuentos conforme al alcance del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, no son sometidos a discreción (sic) de administradoras, sino en contrario a ello, están previamente sometidas a disposición de la Ley 100 de la normatividad y en definitiva, pues dichos emolumentos le son

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 3 y 4, archivo “01Demanda.pdf, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 3 ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al RAIS efectuada con COLFONDOS, en consecuencia se le condene a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento, condenar a COLPENSIONES activar la afiliación a pensión, recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia con cargo a COLFONDOS 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, junto con los los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, igualmente dispuso que se deberá presentar un informe discriminando debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, valor de los aportes que se devuelven de los rendimientos, valor de los descuentos, objeto de devolución y el valor de su indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, a COLPENSIONES le ordenó recibirla como su afiliada sin solución

ajenos a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, por lo cual nos oponemos nuevamente e insistentemente en este tipo de procesos, a la devolución de dichos rubros al régimen de prima media con prestación definida. En estos términos, su señoría, dejo sustentado el recurso de apelación. Muchísimas gracias.

de continuidad dentro del régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales. Ello tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, ni haber efectuado una reasesoría a su afiliada.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de julio de 1963 (*página 15, archivo 01 expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLFONDOS el 30 de julio del 2020 y ante COLPENSIONES el 19 de agosto del 2020 (*páginas 105 a 107 y 108 a 109, archivo 01 1 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

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

autos había cotizado al sistema 101.29⁴ semanas (*Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 14 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior se aclara a Colpensiones es con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de enero del 2000**, con fecha de efectividad a partir del **1º de marzo del 2000** (*páginas 19 y 22, archivo 12 expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS 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.

4



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 abril/2021
ACTUALIZADO A: 28 abril 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	30/07/1963
Número de Documento:	51708667	Fecha Afiliación:	29/07/1987
Nombre:	PATRICIA YURANI PARIAS CAICEDO	Correo Electrónico:	patiyu1b@hotmail.com
Dirección:	CRA 79 C 41 A 33 SUR	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Asignado al RAI por Decreto 3995/2008		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008227505	MENDOZA SALINAS DORA	29/07/1987	30/11/1987	\$21.420	17,86	0,00	0,00	17,86
1008227505	MENDOZA SALINAS DORA	07/04/1988	30/11/1988	\$25.530	34,00	0,00	0,00	34,00
1008227505	MENDOZA SALINAS DORA	15/02/1989	30/06/1989	\$39.310	19,43	0,00	0,00	19,43
1009703641	CUBIDES LOPEZ YOLAND	26/08/1993	20/09/1994	\$98.700	55,86	0,00	0,00	55,86

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 tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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).”.

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

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

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

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

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

que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al Fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

“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.

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 (...)”.

Precisándose en este punto a Colpensiones frente a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras salas de decisión del Tribunal 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.

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 demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor del Colfondos le manifestó que había una alta probabilidad que el Instituto de Seguros Sociales se acabara, siendo la única opción para pensionarse el fondo privado; donde iba a recibir una pensión más alta, no obstante, señala no le fue informado las características, ventajas y desventajas del RAIS.

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 una labor de publicidad y

⁷ Audiencia 3 de mayo del 2023, récord: 11:38

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 19, Archivo 12 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 –COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía

de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (31 de enero del 2000, efectivo el 1º de marzo del 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, 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. 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, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el a quo las **comisiones debidamente indexadas**, 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**».*

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 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)

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 COLFONDOS, relacionados con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos 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 conceptos 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, 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 COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.”.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Páginas 31 y 33 Archivo 13 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales, objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, 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 COLPENSIONES, 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.

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

⁸ 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).

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de febrero de 2022, archivo 11AutoFijaFecha expediente digital.

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 la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a retornar las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

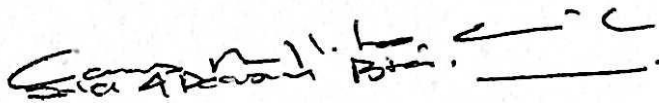
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FELISA YANETH
GALÁN JIMÉNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
09 2021 00508 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 9ª Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de marzo de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 14, récord: 1:12:59*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Felisa Yaneth Galán Jiménez, entre el Régimen de Prima Media, administrado por el Instituto de los Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección S.A., el 13 de abril de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones

que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir y Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS, lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO: De no ser apelado remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C. a fin de que se surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló en su apelación¹, cuando una persona se traslada de régimen a portas de cumplir los requisitos de pensión, se

¹ **Recurso Colpensiones (récord, 1:17:25):** “En el caso que nos atañe, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una persona se traslada de régimen a portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad. Igualmente, véase como la ponencia de la señora demandante se pudo dirigir que no se tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida y tampoco se acercó al otro Instituto de Seguros Sociales para solicitar una comparación de información, el estado actual de su afiliación y ver qué régimen y/o fondo era más benigno para su futuro pensional, pues lo que estaba en juego era su vez, un riesgo que no es menospreciable por el común de la sociedad, sino que, por el contrario, vio satisfecho su derecho a la información por parte de los fondos privados codemandados y tomando así libremente la decisión de no solo trasladarse, sino de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde el año 1999 y hasta la actualidad.

Con base a los preceptos Jurisprudenciales, se concluye que son el régimen de Prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí, por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es distinto. Por ello, la financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado, del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se colige el artículo 36 de la Ley 100 del 1993, que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media, sin afectar a sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 años o más al sistema pensional antes del 1º de abril de 1994. Ahora bien, se evidenció que la ciudadana Galán Jiménez presentó su solicitud de traslado del 5 de agosto del 2021, situación que generó que para dicha data se encontrará inmersa, en la prohibición legal, asimismo, la demandante al 1º de abril de 1994 no contaba con el requisito de edad y tampoco con el tiempo de cotización exigido.

Por lo anteriormente expuesto adicional a la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, se le asignó la carga de la prueba y la información otorgada a la parte demandante, a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador, teniendo en cuenta el momento histórico, del traslado, lo cual es concordante con las normas laborales si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba en vigencia la Ley 1328 de 2009, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa, el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de nuestra Constitución política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 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. Por ende, mi representada, anhela que las pretensiones de la demandante sean desestimadas por el Honorable Tribunal y por lo tanto se absuelva con Colpensiones y se modifique la condena impuesta.”

afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad. Igualmente, la demandante no tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida y tampoco se acercó al Instituto de Seguros Sociales para solicitar una comparación de información, el estado actual de su afiliación y ver qué régimen y/o fondo era más benéfico para su futuro pensional, pues lo que estaba en juego era su vejez, un riesgo que no es menospreciable, viendo satisfecho su derecho con la información brindada por parte de los fondos privados codemandados y tomando así libremente la decisión de trasladarse y permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el año 1999 a la fecha.

Arguyó, con base a los preceptos jurisprudenciales, el régimen de prima media y ahorro individual son excluyentes entre sí, por su forma de financiación, ya que el principio de solidaridad en cada uno es distinto. Por ello, la financiación no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se colige el artículo 36 de la Ley 100 del 1993, que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media, sin afectar los derechos de aquellas personas que cotizaron 15 años o más al sistema pensional antes del 1º de abril de 1994.

Agregó, la señora Galán Jiménez presentó su solicitud de traslado del 5 de agosto del 2021, situación que generó que para dicha data se encontrará inmersa, en la prohibición legal, asimismo, al 1º de abril de 1994 no contaba con el requisito de edad y tampoco con el tiempo de cotización exigido. Adicionalmente mencionó, la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, asignó la carga de la prueba y la información otorgada a la parte demandante, a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador, teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, lo cual es concordante con las normas laborales si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba en vigencia la Ley 1328 de 2009, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa, el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la

oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de nuestra Constitución política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 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.

Por su parte, PORVENIR manifestó² su inconformidad de forma parcial respecto a la orden impartida con la indexación de las sumas que se deben retornar a Colpensiones. Lo anterior, soportado en las decisiones del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, en proceso proveniente del Juzgado Segundo de Facatativá, radicado No. 2021-00111, en el cual también se realizó una condena similar a la indexación de las sumas que debía de devolver el fondo privado a Colpensiones, exponiéndose que estos dineros no pueden indexarse, ya que se estaría generando una doble condena, toda vez que los rendimientos que se causaron y que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora ya están supliendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que, en este caso se está ordenando la devolución de rendimientos financieros, este que incluye frutos e intereses obtenidos con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante siendo excluyente con la indexación.

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

² **Recurso Porvenir (récord, 1:15:04):** “Su Señoría de parte de PORVENIR, me permito presentar recurso de apelación parcialmente, solamente respecto al aparte del numeral segundo de la parte resolutive de su sentencia, esto es, concretamente a la orden impartida en que se deben indexar las sumas que se deben retornar a Colpensiones. Lo anterior, para que sea estudiados en el Tribunal Superior al decidir este recurso, esto es porque ya cómo se ha indicado o cómo se ha manifestado en jurisprudencia anteriores, citó como ejemplo la del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, en proceso proveniente del Juzgado Segundo de Facatativá, radicado 2021-00111, en el cual también se realizó una condena similar a la indexación de las sumas que debía de devolver el fondo privado a Colpensiones, que se argumentó por parte del apelante que estos dineros no se puede también ordenar que se indexen, ya que se estaría generando una doble condena, toda vez que los rendimientos que se causaron y que se encuentra en la cuenta de ahorro individual y que se devolverían, como consecuencia de la orden impartida por el despacho, ya están supliendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, motivo por el cual no se puede condenar también a indexar esos valores que se van a devolver, y por lo anteriormente expuesto por este argumento principal, tal como indicó el Tribunal, se está ordenando la devolución de rendimientos financieros, rubro este que incluye frutos, intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro, sería excluyente con la indexación ordenada y ordenó en ese momento revocar la decisión.

Entonces respetuosamente, solicito al Tribunal Superior de Bogotá al momento de analizar este punto concreto que se apela se revoque en este sentido, muchas gracias.”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (**Páginas 205 y 206 del archivo 01 expediente digital**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 203 a 205, ibidem**), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación, efectuada del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) en el mes de junio de 1999 ante la AFP PROTECCION S.A., por existir engaño y asalto a la buena fe viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora. En consecuencia se declare la INEFICACIA de la afiliación efectuada en el mes de diciembre de 2003 con la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia de la declaración de ineficacia de traslado, se ordene a PORVENIR S.A. a retornar 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 a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) a la demandante y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, que se condene al pago de costas y lo que resulte probado 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 al RAIS concretamente a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, y a PROTECCIÓN le ordenó retornar las cuotas de administración y comisiones, disponiendo a COLPENSIONES recibir todos los valores que fueran trasladados y abonarlos en el fondo común. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 27 de MARZO DE 1967 (página 77 del Archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN y PORVENIR el 05 de agosto de 2021 (páginas 94 a 119, archivo 01), y COLPENSIONES el 05 de septiembre de 2021 (páginas 84 a 189, archivo 01), 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 135,14 (Historia Laboral aportada por Porvenir, Archivo 01, página 98 expediente digital)⁴, 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

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

⁴

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
946	135.14	0	0.00	0	0.00	2802	400.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS:		SEMANAS:		DÍAS:		SEMANAS:		DÍAS:		SEMANAS:	
946		135.14		2802		400.29					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **13 de abril de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de junio de ese año** (Páginas 196, Archivo 01 y página 89, archivo 04 del expediente digital) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber 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 tunc⁵, 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».

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

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 S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los

Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 accionante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las

⁷ **Interrogatorio Demandante, récord 14:40, archivo 14:** “Me afilié a Colmena porque cuando ingresé al Banco Caja Social era una empresa de la Fundación por ende todos entrabamos a Colmena, de Colmena no había nadie, pues es que esos papeles los llenaros directamente cuando ingresé al Banco, el formulario de afiliación en esa época iba unos compañeros de nosotros que eran asesores e iban a las oficinas donde estábamos, el departamento de personal quedaba en un edificio y yo en otro, ellos iban un momento y firmábamos y ya quedábamos afiliados, realmente las reuniones eran cortas y éramos bastantes los que acudimos porque en mi área éramos 40 a 50 personas, éramos como 20 por turnos, nos decían que íbamos a estar en Colmena porque el ISS se iba acabar y todo se iba a perder, me afilié porque entré a trabajar en Caja Social y como éramos del grupo de Fundación social uno asume o toma lo que le están dando, no me sentí presionada, en esa época nos decían que el ISS se acabaría y que los rendimientos eran mayores, que uno se pensionaría antes de tiempo, por eso opte por Colmena, yo no leí el formato de afiliación, no me

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al iniciar a trabajar en el Banco Caja Social suscribió el formulario de afiliación en Colmena hoy Protección ya que era parte del grupo social y sus compañeros, quienes eran asesores le llevaron el formulario para que lo firmara, aunado a que le fue informado que el ISS se iba acabar y que si no se trasladaba podía perder sus aportes, además que se podía retirar y/o pensionar a la edad que ella eligiera, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, tan solo que en ese fondo privado tendría mayor estabilidad.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (*Página 196, Archivo 01 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

informaron los beneficiarios, solo preguntaron los nombres de Lois familiares directos, la capacitación nos dieron un esfero y una agenda, uno firmaba rápido y ya, en esa época eran mis padres, no recuerdo la fecha que trabaje en Banco Caja Social porque se unió con Colmena, luego Caja Social ha cambiado de razón social, paso a BCS Caja Social, yo sigo en el banco, cumplo 30 años, no he recibido extractos, estoy segura porque guardo esos documentos, no presenté reclamaciones, varias de mis compañeras de mi edad se pensionaron y aún estaban en un fondo privado, ella me contaron que la mesada fue un mínimo o menos, al consultar vi que era mayor el valor y podría conseguir una mejor calidad de vida, varios compañeros salieron con esa pensión, ahí fue donde consulté, en el traslado en el 2003 se hizo de forma masiva, fuimos visitados por PORVENIR donde nos decían que iban a ser mejores los rendimientos de la pensión, que nos pensionaríamos en una edad más cercana si teníamos tiempo y no edad, realmente nos montaban mejores beneficios, la capacitación fue grupal y los asesores nos visitaron en el sitio de trabajo, nos daban el folleto y éramos bastantes así que no se podía preguntar sobre los inconvenientes, eso fue en el piso 13 de la calle 31 con 7 y esa capacitación duro como 15 minutos, habíamos como 15 personas que nos reunían de varias áreas del Banco, si me han llegado algunos extractos, realmente no los he revisado, empecé a preocuparme cuando en el 2019 vi que unas compañeras se pensionaron, en esa época se hablaba sobre el bono pensional, nos decían que harían una visita individual pero esa visita no se dio, una vez me llegó un correo que tenía acceso al bono pero no supe nada más, no informaron sobre los aportes que van a al cuenta en caso de fallecimiento, en una oportunidad hice una llamada y me decían que tenía que agendar la cita por teléfono, que yo sepa se acabó el ISS y cambió de nombre a Colpensiones, no intenté regresar porque decían que daban los fondos mejores rendimientos y uno se pensionaba antes de la edad, además decían que lo que estaba aportado en el ISS se iba a perder, los extractos los recibía por Porvenir pero no entendía, yo veía cuadros que decían el tiempo que uno aportaba y los valores”.

precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por dicha AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó

un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(13 de abril de 1999, efectivo el 1º de junio de ese año)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR 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, gastos de administración, 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 afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial 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, se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado 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 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)

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).

Es de advertir a PORVENIR en punto a la 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (Páginas 22 y 23, Archivo 07 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 08 de noviembre de 2022, archivo 10 expediente digital.

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 la los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR, 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 de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO IBATA CEBALLOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 11 2020 00478 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 28 de febrero de 2023 (*Audio archivo 34, récord: 26:11*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional, efectuado el 25/08/2003 por el señor ÁLVARO IBATA CEBALLOS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendido este concepto de gastos de administración como las comisiones de administración, el dinero descontado para el pago de primas de seguros previsionales, de invalidez y de sobrevivencia, y en caso de haberse realizado el pago de prima de reaseguro de FOGAFIN, así como lo descontado para el fondo de Garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones-COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante ÁLVARO IBATA CEBALLOS al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida que hoy administra dicha entidad, sin solución de continuidad y además, a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, y a computarlos entonces esos tiempos en la historia laboral del demandante.

CUARTO las excepciones propuestas se **DECLARAN** imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en Derecho en favor del demandante, la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 del 2007.”

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES apeló la sentencia, manifestando, no desconoce la entidad los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tendientes a declarar la ineficacia de traslado en los procesos que nos convocan el día de hoy. Sin embargo, en este caso existe una prohibición legal, ya que al momento de solicitar el retorno del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media, el demandante se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues ya había adquirido la edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, precisando no es solo un arbitrio del legislador, sino que lo que busca es proteger el derecho a acceder a una pensión de vejez de aquellas personas que sí se encuentran afiliadas al régimen de prima media y han proyectado su prestación pensional en virtud del cálculo actuarial y de los aportes que realiza la nación a efectos de financiar estas pensiones, por lo que reconocer o permitir que una persona que no ha realizado cotizaciones al régimen de prima media se traslade al régimen de prima media menoscaba el derecho a la equidad e igualdad respecto a estos afiliados que si han realizado cotizaciones al sistema general de pensiones del régimen de prima media.

Igualmente aduce dicha prohibición legal encuentra su sustento en el principio de sostenibilidad económica del sistema financiero, principio que fue introducido por el Artículo 48 de la Constitución Política, conforme en la reforma constitucional que fuera introducida por el acto legislativo 01 del 2005.

Además expresa que el aquí demandante no era beneficiario del régimen de transición, ni por edad, ni por número de semanas y no se encontraba dentro de las condiciones que señala la SU-062 del 2010 o la SU-130 del 2014, que le permitiera retornar al Régimen de Prima Media, en cualquier tiempo, sumado a que se logró dejar ver la negligencia y desinterés de la parte actora, tendiente a

cumplir con sus deberes como consumidor financiero, pues no indagó sobre su situación pensional, simplemente se limitó a interponer su firma en el formulario de vinculación, dejando de lado una situación tan importante como lo es su futuro pensional, circunstancia que de ninguna manera puede ser achacable a Colpensiones.

Por otro lado, precisa que para el año 2003 la única obligación legal de las administradoras de fondos de pensiones era dar fe de la voluntad vertida y de la información suministrada al momento de efectuar el traslado, con el formulario de vinculación, formulario que el aquí demandante firmó y en ese orden de ideas ello implicaría aceptar el conocimiento de las condiciones del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

Finalmente, solicita se tenga en cuenta dar aplicación a la sentencia SL 373 del 2021 dado que el actor ya cumplió la edad para acceder a una garantía de pensión mínima, por lo que dicha jurisprudencia debería ser tenida en cuenta tanto para las personas que ya están pensionadas como para lo que actualmente son afiliados y a punto de cumplir con los requisitos para adquirir su prestación pensional, señalando por ende lo procedente en este caso sería incoar una demanda en contra de la AFP a efectos de obtener la reparación de los perjuicios causados. (*Audio archivo 34, récord: 29:58¹*)

¹ **APODERADA DE COLPENSIONES:** Gracias su Señoría, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su honorable despacho, con el fin de que el honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, en su sala laboral, revoque en su integridad las condenas impuestas en contra de mi representada.

El recurso me permitió sustentarlo en los siguientes términos, ruego a los honorables magistrados tener en cuenta que, dentro del presente proceso, el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal, prohibición que encuentra su sustento en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media. En ese orden de ideas, al tratarse esta circunstancia de una disposición de orden legal y a su vez, de acuerdo a lo señalado en la sentencia C-1024 del año 2004, en donde la Corte Constitucional realiza un estudio respecto a la posibilidad de los afiliados retornar al Régimen de Prima Media, cuando le faltara menos de 10 años, para cumplir esta edad, se señala que el objetivo que se persigue con este periodo de carencia es evitar la descapitalización del régimen solidario de prima media; descapitalización que surgiría si se permitiera que las personas que están próximas a cumplir la edad para pensionarse, retornarán al régimen de prima media y resultaren beneficiadas de cotizaciones que sí han realizado los demás afiliados.

Esta prohibición legal también encuentra su sustento en el principio de sostenibilidad económica del sistema financiero, principio pues que fue introducido al Artículo 48 de la Constitución Política, conforme en la reforma constitucional que fuera introducida por el acto legislativo 01 del 2005. También estaríamos en presencia de la vulneración del principio de interés general, sobre el particular, pues está permitiendo en un futuro la consolidación de un derecho pensional de un afiliado que como lo mencione anteriormente, no ha realizado cotizaciones al Régimen de Prima Media, no se ha tenido en cuenta en virtud del cálculo actuarial que realizará la nación, a efectos de realizar los aportes que a ella le correspondiere.

Si bien es cierto, tanto la Corte Suprema de Justicia como los despachos judiciales han señalado que el traslado de los gastos de administración y demás recursos contentivos en la cuenta de ahorro individual de los afiliados demandantes subsidian en una parte o subsidian en su totalidad ese aporte que eventualmente debería hacer la nación. Esa circunstancia, pues también carece de sustento probatorio dentro de los procesos judiciales, en ese orden de ideas, se estaría menoscabando también el derecho a la equidad,

inclusive el derecho a la seguridad social de las personas que no podrían consolidar su derecho pensional en el Régimen de Prima Media.

Aunado la anterior y sin desconocer los argumentos del fallo de primera instancia y las consideraciones que ha esbozado la honorable Corte Suprema de Justicia, tendientes a determinar o a señalar que no resulta relevante cuando una persona es beneficiaria del régimen de transición a efectos de declarar la ineficacia del traslado, pues esta circunstancia cobra una especial característica en tratándose, de las expectativas legítimas, nótese pues que aquí, el aquí demandante no era beneficiario del régimen de transición, ni por edad, ni por número de semanas, no estaba inmerso dentro de las condiciones que señala la SU-062 del 2010 o la SU-130 del 2014, que le permitiera retornar al Régimen de Prima Media, en cualquier tiempo. Nótese también a su vez, pues que él realiza el traslado de régimen en el año 2003 y que, si bien es cierto al permanecer los 5 años que señala la Ley 100 del 93 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, le impediría retornar al Régimen de Prima Media, en virtud de esa prohibición legal, pues esta circunstancia guarda una característica muy grande, porque pues ya inclusive el encontrándose afiliado al RAIS y dando cumplimiento a estos 5 años, estaría inmerso dentro de esta prohibición legal, lo que implica que sería aún más improcedente el retornar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, como se ordenó en el fallo de primera instancia.

Aunado a lo anterior, pues del interrogatorio de parte, se logró dejar ver la negligencia del desinterés de la parte actora, tendiente a cumplir con sus deberes como consumidor financiero, no indagó sobre su situación pensional, simplemente se limitó a interponer su firma en el formulario de vinculación, dejó esa situación tan importante como lo es su futuro pensional librada al azar, circunstancia pues que de ninguna manera puede ser achacable a Colpensiones, quien simplemente en ese momento permitió la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no encontrarse inmerso dentro de ninguna prohibición legal.

Aunado lo anterior, también ruego a los honorables magistrados tener en cuenta, pues que tal como lo señalaron el apoderado PORVENIR dentro de las alegaciones finales, pues para el año 2003 la única obligación legal de las administradoras de fondos de pensiones era o digamos el único soporte que se contaba en ese momento para dar fe de la voluntad vertida de la información suministrada al momento de efectuar el traslado, pues en el formulario de vinculación, formulario, pues que el aquí demandante firmó y en ese orden de ideas, pues implicaría aceptar el conocimiento de las condiciones propias que implicaría efectuar el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Cabe precisar pues, que esta disposición legal es de orden general y puede ser consultada por todos los ciudadanos.

También, ruego a los Honorables magistrados tener en cuenta que, el demandante ya cuenta con la edad en la que en un principio le permitiría acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y dentro del presente proceso, pues ni siquiera se logró acreditar que el demandante, o sea solo basta su dicho para acreditar que él no ha adelantado los trámites pertinentes a efectos de la liquidación y pago de su bono pensional y la solicitud pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En ese orden de ideas, ruego a los Honorables Magistrados, estudiar la procedencia de la aplicación de la SL-373 de 2021, pues él, ya ha cumplido, inclusive con la edad para acceder, como lo mencioné anteriormente, al derecho a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Prima Media y esta sentencia, pues ruego que se tenga en cuenta y debe ser aplicada tanto para las personas que están ya pensionadas, como para quienes actualmente son afiliados, a puertas de cumplir con los requisitos para adquirir su prestación pensional, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, que el demandante ya supera la edad de status pensional, por lo pues que su retorno al Régimen de Prima Media ocasionaría perjuicios a la nación y a lo que es a los demás afiliados al Régimen de Prima Media.

En ese orden de ideas, así, tal y como lo señala la SL-373 de 2021, si lo que considere es el demandante que se está vulnerando su derecho a acceder a una pensión de vejez conforme a las promesas que le efectuaron al momento de realizar el traslado, lo que procedería sería una demanda en contra de la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a efectos de obtener la reparación de los perjuicios causados.

Conforme a los anteriores argumentos, ruego a los Honorables Magistrados revocar la sentencia proferida por el juzgador de primer grado, asimismo, estudiar en grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos que no fueron apelados y pudieren resultar adversos para mi representada y luego al juez de primera instancia, se concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. De esta forma dejó sustentado mi recurso de apelación, 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 del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 13 y 14, archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en las páginas 1 a 5 (ibidem), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuada en agosto del 2003 a la AFP PORVENIR, en consecuencia se condene a dicha AFP a tramitar el traslado a Colpensiones junto con la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones efectuadas, condenas *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 efectuado el día 25 de agosto del 2003, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Porvenir S.A., ordenando a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, esto es, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, primas de seguros previsionales, como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, se ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones a recibir al demandante y activar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, y además de recibir la devolución de los dineros ordenada en ese proveído como también actualizar la historia laboral del actor. **Lo anterior tras considerar que,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado.

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

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse para el momento en que el actor se trasladó de régimen (año 2003) la carga pensional del actor se encontraba a cargo de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, dado que el empleador del actor para esa época era tal ente Universitario, tal como éste se lo expresó a PORVENIR en el formulario de afiliación a (*Archivo 14 expediente digital, página 38*), por ende es claro que el actor no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales previo a esa anualidad, pero ello no significa que no se encontrara vinculado al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, no se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994³, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.⁴

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

³ 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.

⁴ 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”*.

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.”⁵

En consonancia con lo anterior, no queda duda que, dada su calidad de servidor público, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, el actor se entendió incorporado automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a PORVENIR el 25 de agosto del 2003 (*Archivo 14 expediente digital, página 38*) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

En este orden de ideas y aclarado lo anterior se tiene que es 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 **25 de agosto del 2003** con fecha de efectividad a partir del **1º de octubre del 2003** (*Páginas 35 y 38 Archivo 14 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,

⁵ Sentencia SL2817 de 2019.

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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como

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

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

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

manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

“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.

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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen, pues manifestó que cuando se encontraba laborando como docente a la Universidad Nacional en el año 2003 lo reunieron a él y a otros profesores en el auditorio de la facultad de Artes y los asesores de Porvenir les indicaron que la mejor opción era trasladarse al RAIS porque ellos traería mejores beneficios como el que se podía pensionar a una

⁸ **Interrogatorio Demandante, 49:30 archivo 35:** “Tengo 65 años, Soy empleada oficial, trabajo en INVIAS, EN 1994 yo estaba en INVIAS, yo inicié en el año 1989, quedé vinculada en la parte de INVIAS, tengo la calidad de trabajadora oficial, creo. No lo tengo claro, yo estaba afiliada a CAJANAL ante de trasladarme a la AFP privada, no recuerdo trasladarme a PROTECCIÓN, yo tuve fue con Porvenir, no lo tengo claro, el motivo del traslado fue por mejores condiciones de pensión que daba el fondo privado, el único traslado que yo recuerde es Colpensiones a Porvenir, el anterior no, un formulario a ING, el formulario que obra en el expediente si es mi firma, en fecha 31 de octubre de 1994 si es la misma, el apoderado me dijo que el traslado se daba de Porvenir, me entero que también fue Protección, el anterior no lo recuerdo, nunca tuve ninguna relación con Protección, me trasladé a Porvenir porque supuestamente me estaba trasladando de Colpensiones Porvenir, lo fue porque nos pintaron una maravilla como futuros pensionados, que la pensión iba a ser mejor, fue por eso que me trasladé, nos hablaron sobre beneficios a la familia, herederos, unas condiciones nuevas u diferentes para los futuros pensionados, que heredaba cualquier pariente como mi hijo, el valor mensual iba a ser mejor remunerado que Colpensiones, no estoy conforme con Porvenir, las condiciones son mejor en Colpensiones por mesadas, eso me motiva a devolverme a Colpensiones tengo una mejor pensión con Colpensiones que con el fondo privado, sobre el monto del capital no explicaron, no fueron claras las condiciones solo hasta hace poco que me explicó el Abogado, nunca me explicaron beneficios, no me dijeron cuánto dinero necesitaba, solo mandaban asesores y llegaban al escritorio de uno y ya, no explicaban nada, solo llevaban el formulario y ya, no daban información sino básica, debo tener la edad y cierto número de semanas, hubo mucha competencias entre los mismos fondos privados, mi pensamiento era que con el estado estaba más segura pero luego dijeron que estaba en crisis, no solicité mi pensión”.

menor edad, expresando que no recibió información respecto a las características y ventajas del régimen.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (Página 38, archivo 14), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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 **2003**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR 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 PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (25 de agosto del 2003 con fecha de efectividad 1º de octubre del 2003), 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 PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones y primas de seguros previsionales por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente **indexado de todos los anteriores conceptos**, 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.

Asimismo, 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.

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

Igualmente, es dable advertir a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan “*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la*

posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Ahora en cuanto a la aplicación de la sentencia SL-373 del 2021 solicitada por COLPENSIONES en su apelación, baste con señalar dicha decisión hace referencia es a los casos en que se solicita la ineficacia de traslado cuando se tiene el status de pensionado, refiriéndose en dicha providencia que *“la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”*, situaciones que no se ajustan a lo aquí estudiado pues en este caso el accionante no goza de pensión en el RAIS, advirtiéndose a Colpensiones los argumentos de esta jurisprudencia no pueden aplicarse al *sub examine* como se pretende por el solo hecho de que el actor ya cuente con la edad de pensión, sumado a que tampoco se podría estudiar algún tipo de perjuicios pues ni siquiera ello fue propuesto en la demanda.

En lo relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones (págs. 34 y 35 *archivo 10 expediente digital*)⁹, -entidad 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 ésta encartada, acogiendo la 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.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 28 de julio de 2022, archivo 17 expediente digital.

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

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

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

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones,

conforme las motivaciones que preceden, se adicionarán conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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

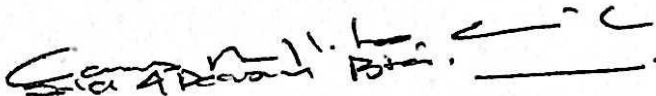
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLIVIA MARIA VEGA
CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.
(RAD. 11 2021 00193 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **SANTIAGO QUINTERO RODRIGUEZ**, como apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 3368, como abogado adscrito a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA**, como apoderado sustituto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, como abogados adscritos a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de marzo de 2023 (Audiencia virtual archivo 37 expediente digital récord:1:36:31), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional que efectuó el trece (13) de febrero de 1997 la señora OLIVIA MARIA VEGA CORTES, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING SANTANDER, hoy PROTECCION SA; y por sustracción de materia los posteriores traslados horizontales realizados por la demandante entre administradoras del mismo régimen pensional, es decir, el traslado a PORVENIR y a COLFONDOS acaecidos en el año 2002 y 2004 respectivamente.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas AFP PROTECCION S.A, PORVENIR S.A. y COLFONDOS SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en cada una de estas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración es decir comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales y eventualmente el pago de primas de seguros de FOGAFÍN y lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante OLIVIA MARIA VEGA CORTES en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados allí en el RAIS en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PROTECCION S.A, incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existe o no algún vicio del consentimiento al momento de la filiación de la demandante, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien compete la carga de la prueba, existiendo una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, por lo cual, solicita evaluar nuevamente el presente caso y se aplique

el artículo 167 del Código General del proceso y en consecuencia declarar que dentro del presente proceso no existe prueba alguna con la cual se acredite vicio alguno, máxime cuando el interrogatorio de parte se logra evidenciar que la demandante no mostró interés de informarse sobre el régimen al cual se vincularía.

Señala que además el artículo 2d de la ley 797 del 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1º del decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada de la vigencia del sistema general de pensiones, situación que no se logró validar en la historia laboral de la demandante, pues evidencia que el 1º de abril de 1994 no acreditaba 15 años cotizados, por lo cual no era beneficiaria del régimen de transición, bajo los criterios de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional como es la sentencia C-789 el 2002, y la SU-062 del 2010.

Expresa nadie puede resultar subsidiado a costas 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, ya que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. (Audiencia virtual archivo 37 expediente digital récord: 1:39:31¹).

¹ **APODERADO PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:** Gracias su Señoría, en esta oportunidad procesal me permito, de forma respetuosa, interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida, como quiera que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existe o no algún vicio del consentimiento al momento, pues de la filiación de la demandada (sic).

La Corte Suprema de Justicia, en la aplicación del artículo 1604 del Código Civil, nos habla de la responsabilidad del deudor, sin embargo, pese a que la alta corporación no aplica las demás normas del Código Civil al darle relevancia a este, no analiza quién es el deudor y quién es el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y solo hasta que se pensiona se invierte en las partes, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien compete la carga de la prueba, por lo cual existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, por lo cual, ruego al honorable Tribunal Superior de Bogotá que al evaluar nuevamente el presente caso, se sirva aplicar el artículo 167 del Código General del proceso y en consecuencia declarar que dentro del presente proceso no existe prueba alguna con la cual se quede acreditado vicio alguno, máxime cuando el interrogatorio de parte se logra evidenciar que la demandante no mostró interés alguno frente a informarse sobre el régimen al cual se vincularía, pues no realizó preguntas o se acercó con posterioridad a las oficinas de cada uno de los fondos

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 OLIVIA MARIA VEGA CORTES en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la subsanación de la demanda (páginas 11 a 13, archivo 07), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 11, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada del ISS a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, en consecuencia se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante, se condene a Protección, Porvenir y Colfondos a devolver los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, costas procesales, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 13 de febrero de 1997, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Santander S.A. hoy Protección, ordenando a dicha entidad a Porvenir y a Colfondos devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, esto es, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas, con sus respectivos rendimientos**

privados a los cuales estuvo debidamente afiliada siquiera para conocer los requisitos para pensionarse y el funcionamiento del régimen de ahorro individual.

Además, el artículo 2do de la ley 797 del 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, el artículo 1º del decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada de la vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, situación que no se logró validar en la historia laboral de la demandante, pues evidencia que el 1º de abril de 1994 no acreditaba 15 años cotizados, por lo cual no era beneficiaria del régimen de transición, bajo los criterios de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, como es la sentencia C-789 el 2002, y la SU-062 del 2010 en consecuencia, pues se solicita tener lo dispuesto en la sentencia c-1024 del 2004 y su-130 del 2013, de la Corte Constitucional, que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costas 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, ya que la declaración injustificada, la ineficacia del traslado de un afiliado, del régimen de prima media al RAIS, afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. En los anteriores términos dejó sustentó el recurso de apelación para que el honorable tribunal superior, en su sala laboral se sirva revocar la sentencia proferida, gracias, señor juez.

financieros incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, primas de seguros fogafín y lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, se ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones a recibir a la demandante y activar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, y además de recibir la devolución de los dineros ordenada en ese proveído como también actualizar la historia laboral de la actora. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. antes Santander no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado.

Pues bien, previo a resolver los argumentos expuestos por Colpensiones en la alzada y en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor, se ha de señalar por esta Sala de Decisión el problema jurídico a solventar en esta instancia, se contrae a determinar en primer lugar si con la afiliación de la demandante a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. se produjo un traslado del RPM al RAIS, caso en el cual se analizaría si dicho tránsito ocurrió bajo la libertad informada y por tanto si goza de eficacia.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

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

Ahora, los artículos 11³ y 15⁴ del Decreto 692 de 1994, fijaron los plazos para la procedencia del traslado y establecieron dos escenarios posibles: de una parte, los afiliados que estuvieran vinculados al régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían continuar automáticamente afiliados en el Instituto de Seguros Sociales o una Caja de Previsión Social y cambiarse en cualquier tiempo; y de otra, en aquellos casos en que hubieran hecho su selección inicial – RPM o RAIS- a partir de la entrada en vigencia del sistema pensional, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma aludida, el cual, como ya se dijo, se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003⁵.

Valga anotar, en el expediente milita copia de la cédula de extranjería de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de diciembre de 1959 (página 2, archivo 02 por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado al RPM mediante peticiones elevadas a COLPENSIONES el 24 de marzo del 2021, PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS el 4 de marzo del 2021⁶, según lo documentado en el expediente (páginas 7 a 8, 11 a 12, 16 a 17 y 35, archivo 02), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, en otros términos, cuando estaba inmerso en la prohibición para realizar el retorno al RPM, además, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no había estado afiliada a ningún régimen pensional, pues la afiliación inicial lo fue solo hasta el **13 de febrero de 1997 con ING antes SANTANDER y hoy PROTECCIÓN**, según registro SIAFP (página 34, archivo 9):

³ “(...) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado”

⁴ “Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, lo afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.”

⁵ En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3475-2016, reiterada en sentencia SL2324 de 2019.

⁶ En el expediente se advierte solicitud de traslado para la anualidad 2022 (páginas 61 a 67, archivo 14).

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:12:14 AM
Afiliado: CE 237686 OLIVIA MARIA VEGA CORTES

Vinculaciones para : CE 237686							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1997-02-13	2004/04/16	ING			1997-02-14	2002-05-31
Traslado de AFP	2002-04-30	2004/04/16	PORVENIR	ING		2002-06-01	2004-04-30

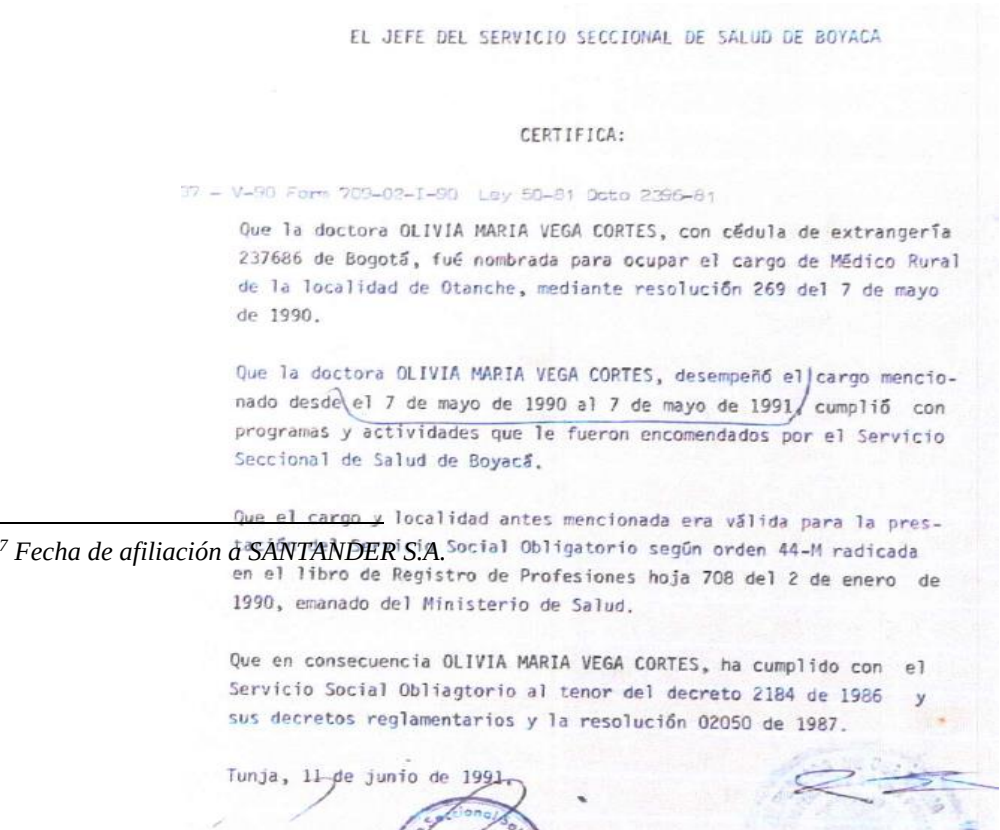
2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CE 237686						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1997-02-13	1997-08-13	01	AFILIACION	ING		
2002-04-30	2002-05-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING	

En este orden, en el plenario no reposa medio de prueba alguno del que se pueda establecer el tiempo de servicios laborados por el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, si bien en la demanda y en el interrogatorio de parte la actora señala que su vinculación al sistema fue en el año 1990 con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA SECCIONAL DE BOYACA, ninguna prueba de ello se trajo al respecto, tan solo obran las propias afirmaciones de la accionante.

De modo que para esta Corporación resulta claro que la promotora de la litis no reportó afiliación alguna al Instituto de Seguros Sociales o a una Caja de Previsión Social antes del 13 de febrero de 1997⁷, precisándose si bien se aportan tres certificaciones debe advertirse, las mismas acreditan quizás una relación contractual con dichas entidades más no acreditan la afiliación al sistema

Ver certificados págs. 3, 5 y 6 Archivo 02:



⁷ Fecha de afiliación a SANTANDER S.A. Social Obligatorio según orden 44-M radicada en el libro de Registro de Profesiones hoja 708 del 2 de enero de 1990, emanado del Ministerio de Salud.



SECRETARIA DE SALUD DE

SECCION DE PERSONAL

FECHA Julio 28 de 1995

CONSTANCIA DE SE
PARA EMPL

NOMBRE:	OLIVIA MARIA VEGA CORTES	FECHA:
C. C. Nº	237686 Extranjeria	FECHA:
CARGO ACTUAL:	- 0 -	ASIGNADO:
CARGO ANTERIOR:	MEDICO GENERAL - 4 HORAS.-	HORA:
DEPENDENCIA DONDE TRABAJA:	HOSPITAL DE BOSA	SE EX:
SITIO DE TRABAJO:	DEPARTAMENTO DE URGENCIAS	
OBSERVACIONES:	XX XXXX XXX XXXX XXX	
GLORIA DARESA Hospital de Bosa JEFE PERSONAL		

HOSPITAL DE NAZARETH
PRIMER NIVEL DE ATENCION
SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD



LA SUSCRITA DIRECTORA DEL HOSPITAL DE NAZARETH
PRIMER NIVEL DE ATENCION

CERTIFICA

QUE LA DRA. OLIVIA MARIA VEGA CORTES, IDENTIFICADA CON LA Cedula de Extranjeria No. 237.686 de Bogotá, LABORÓ EN ESTA INSTITUCIÓN adscrita a LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD EN LA MODALIDAD DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, COMO MÉDICA 8 HORAS EN LA UFA MICHUEL, DESDE EL MES DE OCTUBRE HASTA EL MES DE DICIEMBRE DE 1.995.

LA ANTERIOR CERTIFICACIÓN SE EXPIDE A SOLICITUD DE LA INTERESADA EN SANTA FE DE BOGOTÁ, D.C., A LOS ONCE (11) DÍAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE Mil Novecientos Noventa y Siete (1.997).

FIRMADO.

MARTHA YOLANDA RUIZ VALDES
DIRECTORA
HOSPITAL DE NAZARETH
PRIMER NIVEL DE ATENCION.

Conforme a lo anterior, se reitera la parte actora no allegó medio de prueba alguno que permita concebir que escogió en un primer momento el Régimen de Prima Media y que en el año 1997 se trasladó al RAIS cuando se afilió a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCION según reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

De modo que lo que se encuentra acreditado es que el 13 de febrero de 1997 la actora se afilió a SANTANDER hoy PROTECCIÓN—administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad-, con fecha de efectividad 14 de febrero de 1997 (reporte SIAFP- ASOFONDOS, página 34 – archivo 9), acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que **no existió traslado de régimen pensional**.

Precisándose si bien la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, en este caso lo cierto es que la actora nunca perteneció al Régimen de Prima Media.

Adicionalmente COLPENSIONES en la respuesta dada a la actora el 6 de marzo del 2021 (página 9 y 10, archivo 02) le indica: *“se informa que, con el tipo y número de documento suministrado por usted, no se registra información de afiliación, ni cotizaciones efectuadas en las bases de datos que a la fecha posee Colpensiones.”*

Sobre este caso puntual la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, CSJ SL1806-2022. enseñó en un caso de similares connotaciones:

i) Selección inicial de régimen pensional:

La afiliación al Sistema General de Pensiones se surte con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado frente al empleador o las administradoras de pensiones y la legislación contempla la opción de escoger entre dos regímenes pensionales; las personas están facultadas para ejercer ese derecho, entre los fondos privados de pensiones que administran el de ahorro individual y Colpensiones, que hace lo propio con el de prima media, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual indica:

Ley 100 de 1993

[...]

Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[...]

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

[...]

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

Cabe recordar que el aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la CC C-1024-2004, bajo el entendido de que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no hayan regresado al de Prima Media con Prestación Definida, pueden retornar a éste, en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Es así como, de acuerdo con el literal b), las personas tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen que mejor les convenga y consulte sus intereses. Según reza la misma disposición, esa libertad de escogencia se materializa en la vinculación inicial o en los traslados.

Por su parte, el literal e) reitera esa prerrogativa del afiliado y precisa que, una vez efectuada la selección inicial, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones: la permanencia o antigüedad de 5 años en el régimen al cual se está vinculado y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepitable, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[...] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su “selección inicial”, por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

(...)

iii) Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera

una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”. (Negrilla de la Sala).

En aplicación a lo anterior, es claro que la demandante al no pertenecer al Régimen de Prima Media en ninguna circunstancia, no le asiste derecho a solicitar la ineficacia del traslado. Al respecto, la sentencia anteriormente citada, señaló:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Corolario de todo lo anterior, no puede la Sala más que concluir la improsperidad de las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, ante una falencia probatoria con entidad suficiente para lograr el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, 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 aserciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama “EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA”, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la “falta de la prueba” razón por la cual se habrá de revocar la decisión de primera instancia por cuanto, como se advirtió, no existe prueba del traslado de régimen cuya ineficacia se depreca.

Por sustracción de materia no se analizarán los argumentos expuestos por Colpensiones en su apelación.

Por las anteriores razones y como ya se dijo la sentencia objeto de censura y estudiada en el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES será revocada en su integridad, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, según se consideró en precedencia.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ ESTELLA SALAS SÁNCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A. (RAD. 13 2022 00411 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 recurso de apelación interpuesto por la demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2023 (*15AudienciaVirtual, expediente virtual, récord 59:23*), en la que se resolvió:

“PRIMERO DECLARAR la ineficacia, el traslado que hiciera la demandante LUZ ESTELLA SALAS a la AFP COLFONDOS el 25/04/94 con fecha de efectividad, 1º de mayo del 94 y de contera el efectuado el traslado horizontal efectuado ante porvenir el 29 de septiembre de 2005 con efectividad del 01 de noviembre de 2005, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de pensión de garantía de pensión mínima que cada una tenga en su poder, en la actualidad, por lo expuesto precedentemente

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su historia laboral conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS en favor de la demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de 1'200.000 pesos.

SEXTO: por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la nación como un garante a remitir el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de **CONSULTA** en su favor

SÉPTIMO por secretaría y previo remitir el expediente al superior **ENVÍESE** copia de esta sentencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La presente decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.”.

Inconforme con la decisión, la demandante y COLPENSIONES, la apelaron.

En primer lugar, la apoderada de la demandante reveló su inconformidad¹ frente numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia, solicitando se condene en costas a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en donde se verifica claramente que tanto Colpensiones como PORVENIR fueron llamadas a juicio, fueron notificadas, presentaron contestación de la demanda, se constituyeron como parte y trabaron la litis correctamente, asimismo, se opusieron a las pretensiones y ante su calidad de parte, ante esta situación objetiva de ser vencidas en juicio, tal como se indica en el artículo 365 y 366, reclama la condena en costas.

Lo anterior, sustentado en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en sentencias, entre otras SL- 2461 de 2021,

¹ **Recurso Demandante (récord, 1:01:04):** “De manera respetuosa, me permitió interponer recurso de apelación para que de manera parcial se revoque el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia y como consecuencia de ello, se condene en costas a los demandados PORVENIR y COLPENSIONES, atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en donde se verifica claramente que tanto Colpensiones como PORVENIR fueron llamadas a juicio, fueron notificadas, presentaron contestación de la demanda, se constituyeron como parte y trabaron la litis correctamente, se opusieron a las pretensiones y ante su calidad de parte, ante esta situación objetiva de ser vencidas en juicio, tal como se indica en el artículo 365 y 366, es por lo que solicito respetuosamente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se tenga en cuenta y que deben condenarse en costas, también aquí a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR.

Lo anterior, además, sustentado en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en sentencias, entre otras SL- 2461 del año 2021, en donde se indicó “En tal virtud como en primera instancia, la vencida en juicio fue la accionada en cuanto a prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos, y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del juzgado de condenarla en costas se ajusta a Derecho, máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar del perjudicado o la razón”, en los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias, señora juez.”.

en donde se indicó: *"En tal virtud como en primera instancia, la vencida en juicio fue la accionada en cuanto a prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos, y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del juzgado de condenarla en costas se ajusta a Derecho, máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar del perjudicado o la razón"*.

A su turno, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación², manifestando que el traslado de régimen realizado por la actora en el año 1994 y el posterior

² **Recurso Colpensiones (récord, 1:03:03):** *"Siendo el momento procesal oportuno me permitoo de manera muy respetuosa, interponer recurso de apelación frente al fallo dictado. Frente a ello sea lo primero reiterar que el traslado de régimen realizada por la actora en el 1994 y el posterior traslado a otra administradora del RAIS en el 2005, deben presumirse como totalmente válidos, puesto que no fue demostrado a cabalidad por la parte actora que existiera dicha falta al deber de información por parte de la AFP COLFONDOS en el momento en que se realizó el traslado de régimen, encontrándose probado, por el contrario, que la demandante, permaneció por casi 30 años afiliada al RAIS por su propia voluntad y sin ejercer ninguna acción tendiente a volver al régimen de prima media en el tiempo en que esto le era legalmente permitido, así como tampoco se evidencia que haya realizado acciones tendientes a indagar sobre la pertinencia, ventajas, desventajas y características de trasladarse al RAIS y permanecer en dicho Régimen.*

De otro lado, también es necesario mencionar que, si bien es cierto, la demandante solicitó ante COLPENSIONES, el retorno al Régimen de Prima Media no es menos cierto que para la fecha de dicha solicitud, en el año 2021 la actora ya contaba con 49 años de edad y por ende se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen contemplado en el literal e del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Asimismo, se tiene que la actora al 01 de abril del 94 no contaba con 15 años de servicios cotizados para hacerse beneficiaría al régimen de transición y, por ende, tampoco le resultan aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establece la posibilidad del traslado sin restricción en el tiempo.

Aunado a lo anterior, solicito que se tenga en cuenta lo dispuesto en las ya referidas sentencias C-1024 de 2004, así como en la SU-130 de 2013, de la Corte Constitucional que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, esto, en el entendido que una declaratoria injustificada e ineficacia de traslado de un afiliado que se pasó del régimen de Prima media al RAIS, afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y de paso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de aquellos afiliados que si venían cotizando durante toda su vida, durante largos periodos al régimen de prima Media.

Igualmente, en la sentencia T-489 de 2010, se precisa que no se puede permitir la descapitalización del fondo cuando personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando ya les faltan 10 años o menos para concretar su edad mínima de pensionarse por vejez, vienen a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema y para la cual no aportaron. Desde una perspectiva social, con estas acciones se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material si se permite que personas que no han contribuido con los aportes y rendimientos de determinados fondos pensionales puedan entrar a beneficiarse y a subsidiarse de los mismos a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otros afiliados, sino por ellos mismos. De acuerdo con lo anterior, de manera respetuosa, solicito se conceda el recurso de apelación por considerarse que el traslado de régimen realizado en el año 94, así como el traslado horizontal realizado en el año 2005, son totalmente válidas y eficaces y que igualmente es imposible para COLPENSIONES recibir al actor en el régimen de prima media por este encontrarse en la actualidad inmersa en la prohibición de traslado contemplada en la Ley 797 de 2003. Muchas gracias."

traslado a otra administradora del RAIS en el 2005, deben presumirse como totalmente válidos, puesto que no fue demostrado a cabalidad por la parte actora que existiera dicha falta al deber de información por parte de la AFP COLFONDOS en el momento en que se realizó el traslado de régimen, encontrándose probado, por el contrario, que la demandante permaneció por casi 30 años afiliada al RAIS por su propia voluntad y sin ejercer ninguna acción tendiente a volver al régimen de prima media en el tiempo en que le era legalmente permitido, así como tampoco se evidencia que haya realizado acciones tendientes a indagar sobre la pertinencia, ventajas, desventajas y características de trasladarse al RAIS y permanecer en dicho régimen.

De otro lado, agregó, si bien es cierto, la demandante solicitó ante COLPENSIONES, el retorno al Régimen de Prima Media no es menos cierto que para la fecha de dicha solicitud, en el año 2021 ya contaba con 49 años de edad y por ende se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen contemplado en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Asimismo, se tiene que la actora al 1º de abril del 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados para hacerse beneficiaria al régimen de transición y, por ende, tampoco le resultan aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establece la posibilidad del traslado sin restricción en el tiempo.

Aunado a lo anterior, solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, de la Corte Constitucional que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, esto, en el entendido que una declaratoria injustificada e ineficacia de traslado de un afiliado que se pasó del régimen de Prima media al RAIS, afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y de paso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de aquellos afiliados que si venían cotizando durante toda su vida, durante largos periodos al régimen de prima Media.

Completó, en la sentencia T-489 de 2010, se precisa que no se puede permitir la descapitalización del fondo cuando personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando ya les faltan 10 años o menos para concretar su edad mínima de pensionarse por vejez, vienen a beneficiarse de un

ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema y para la cual no aportaron. Desde una perspectiva social, con estas acciones se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material si se permite que personas que no han contribuido con los aportes y rendimientos de determinados fondos pensionales puedan entrar a beneficiarse y a subsidiarse de los mismos a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otros afiliados.

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 (folios 1 a 3, archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 10, ibidem), aspirando se declare que se afilió al régimen de pensiones administrado por el hoy extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (I.S.S.) a partir del mes de mayo del año mil novecientos noventa y uno (1991), entidad a la cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir la contingencias de invalidez, vejez y muerte, hasta el mes de abril del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), se declaró que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a partir del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al no haber recibido una información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, por parte del asesor de ese fondo privado, se declare que al momento de verificar su traslado de régimen de pensiones en el mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), contaba con 155.8 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (I.S.S.), hoy sustituido por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, omitió su deber de otorgar una información, clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de

régimen pensional con lo cual se causó grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional, se declare que con ocasión del traslado de régimen de pensiones en el mes de mayo del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), y debido a la falta de información clara y completa sobre los efectos de dicho traslado, la señora LUZ ESTELLA SALAS SÁNCHEZ perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el actual sistema de seguridad social en pensiones administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se declare la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), a COLFONDOS S.A., administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en el mes de mayo del año mil novecientos noventa y cuatro (1994) y consecuentemente, el traslado horizontal que hizo a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en el mes de noviembre del dos mil cinco (2005), como consecuencia, se ordene el retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por COLPENSIONES, ordenándose a COLPENSIONES, reactivar la afiliación atendiendo la INEFICACIA de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), dirigido por el Fondo Privado administrador de este Régimen en el que estuvo afiliada, se ordene a PORVENIR S.A. que por virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, devuelva a la entidad todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), con motivo de la afiliación, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, el porcentaje correspondientes 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, las sumas adicionales del asegurado así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, se condene a las demandadas a todo lo que pueda resultar acreditado ultra y extra petita de los hechos discutidos y probados en el presente juicio y al pago de costas del proceso y agencias en derecho.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado que hiciera la demandante LUZ

ESTELLA SALAS a la AFP COLFONDOS el día 25/04/94 con fecha de efectividad, 1º de mayo del 94 y de contera el efectuado el traslado horizontal efectuado ante porvenir el 29 de septiembre de 2005 con efectividad del 01 de noviembre de 2005, se condenó a PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de pensión de garantía de pensión mínima que cada una tenga en su poder, en la actualidad, se condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora y a recibir los dineros actualizando su historia laboral y se condenó en costas a la demandada COLFONDOS en favor de la demandante. **Lo anterior tras considerar que,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que 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 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 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de agosto de 1972 (*Página 129, archivo 01*), por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 22 años y la edad de 57 años, la alcanzará el mismo día y mes del año 2029, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 29 de noviembre de 2021 (*Páginas 157 a 159 y 172 a 174, ibidem*) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para

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

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 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **151,57** semanas cotizadas al sistema⁴ (*Página 130, archivo 06 historia laboral válidas para bono*), 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 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 abril de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1994** (*Páginas 128, archivo 06 del expediente digital*), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. 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 COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

4

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1061	151.57	0	0.00	0	0.00	1279	182.71	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 1061		SEMANAS: 151.57		DIAS: 1279		SEMANAS: 182.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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 tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

⁵ 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 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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.

(…)

“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 la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las

⁷ **Interrogatorio Demandante, récord 10:09, archivo 15:** “Tengo 50 años cumplidos, soy tecnóloga en seguros y estudio Administración en 4 semestre en el Politécnico, el 25 de abril de 1994 yo estaba afiliada al ISS y me trasladé a Colfondos, yo me encontraba laborando en Colseguros, resulta que en esa época fue un asesor de Colfondos, en una reunión a nivel grupal , estábamos como 15 o 20 personas y con las personas de recursos humanos de Colseguros, ellos llegaron con un formulario rosado y dijeron que pos asuntos de ley ya no seguíamos en el ISS y que todos pasaríamos Colfondos porque el ISS se terminaría, que el fondo de pensiones uno se pensionaba en cualquier momento, las personas llevaron los formatos y todos los pasamos, que porque era una política y todo se manejaría por el fondo, no hablaron de aportes voluntarios, cuenta de ahorro individual, no hablaron sobre diferencias ni características, no me dijeron que pasaría con mis aportes si fallecía, me dijeron que me pensionaría en calque momento, que de acuerdo al salario llegaba a cierto monto y uno solicitaba la pensión, de hecho el asesor ni siquiera tocó el tema de pensión y a todos nos pareció espléndido el tema, no hice preguntas al asesor, recibí extractos por parte de Colfondos pero no los entendía, es que viene el monto asignado por el empleador entonces es general, uno no estaba pendiente de la pensión, se llevó el formulario firmado y no hubo asesoría, no busqué asesoría, el 29 de septiembre me trasladé en Porvenir por un tema de ingreso a otra empresa y resulta que dentro de

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la empresa en la que laboraba para el año 1994, asistió un asesor de COLFONDOS S.A, quien hizo una reunión grupal en la que explicó que el ISS se iba a acabar, que en los fondos privados iban a tener una mayor pensión y podrían pensionarse de manera anticipada, no obstante, señaló que no le indicaron especificidades del RAIS, pues no conocía que era el bono pensional, la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios. De otro lado, manifestó que se cambió posteriormente a PORVENIR S.A, ya que por medio de un nuevo empleador le suministraron un formulario para que fuera diligenciado sin que contara en dicho momento de la presencia de un asesor.

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.

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

los papeles que no diligenciaba lo daban de hecho ellos tenían el formulario y uno lo mandaba, por eso resulte afiliada, no fue porque yo me hubiese querido trasladar, los papales que uno diligenciaba iba para esa empresa, eso fue por mensajería, no hubo asesor, recibí extractos de Porvenir, entiendo lo que está relacionado como semanas y aportes, yo cumplí los 50 años y estaba revisando mis semanas cotizadas y una señorita me dijo que no necesitaba asesoría y me dijo que yo me pensionaría con el salario mínimo menos salud, me pareció que esa no es la forma, me sentí engañada respecto a la idea que tenía en la cabeza, que tenían en cuenta que uno aportaba en toda su vida laboral, yo me acerqué hasta el año pasado a preguntar sobre mi pensión, no he realizado otra reclamación en Colpensiones”.

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 1994, 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (25 de abril de 1994, efectivo 1º de mayo de 1994), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 (Colfondos y Porvenir), 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 (página 128, archivo 06).

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 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, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (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.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en

cuanto a que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por la Juez a *quo*- deberá retornar las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸ junto con los demás conceptos ordenados debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades⁹.

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 por parte de esta Sala 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 del 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.

⁸ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación 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)”.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho

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

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 propuesta por COLPENSIONES¹⁰ (*Página 7, archivo 09 del expediente digital*) entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto a las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandante ya que no fueron condenadas al pago de este concepto las codemandadas PORVENIR y 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*

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 25 de abril de 2023, archivo 12 del expediente digital.

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 también a PORVENIR y COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se adicionará la sentencia de primer grado en este sentido.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS y PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por la Juez *a quo*- deberán retornar a COLPENSIONES las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

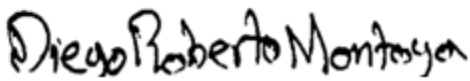
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

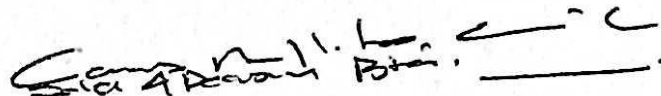
TERCERO: ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar **CONDENAR** en costas a las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, conforme a la parte considerativa.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEIDA MOGOLLON
POLO CONTRA COLPENSIONES y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA
S.A.S. (RAD. 14 2021 00227 01).**

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada **PAOLA ALEJANDRA MORENO
VÁSQUEZ** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder
conferido en sustitución por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO** como
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,

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 **PALMAS
OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.** y el grado jurisdiccional de consulta en favor
de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito
de Bogotá D.C., el 9 de marzo del 2023 (Archivo 22 expediente digital, récord:
19:57), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada **PALMAS OLEAGINOSAS
BUCARELIA S.A.S.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**, los aportes en pensión correspondientes a su ex

trabajadora señora ALEIDA MOGOLLÓN POLO, por el periodo comprendido entre 19 de junio de 1989 y 2 de diciembre de 1992, a través de cálculo actuarial, que deberá ser elaborado por la administradora colombiana de pensiones, con base en los salarios que se demostró devengó la demandante y que quedaron consignados en este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo, y

CUARTO (sic): CONDENAR en COSTAS de esta acción a la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la sociedad demandada refiere que su inconformidad radica en la condena impuesta ya que en su sentir no es obligación de Bucarelia S.A.S. asumir el cálculo actuarial de la demandante porque en ese momento no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales y por ende no se estaba en la obligación de afiliar y cotizar al sistema de pensiones administrado por el ISS en los periodos señalados (Archivo 22, récord: 21:25¹)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Archivo 4 expediente digital, páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el mismo archivo página 1, solicitando se declare que con la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. existió un contrato de trabajo y por ende no realizo los aportes a pensión del 19 de junio de 1989 al 2 de diciembre de 1992, en consecuencia se condene a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial de las cotizadas no realizadas a pensión en dicho periodo y a la sociedad Palmas Oleaginosas a pagar dicho valor, condenas *ultra y extra petita*, costas del proceso. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto condenó a la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. cancelar el cálculo actuarial correspondiente al periodo del 19 de junio de 1989 al 2 de diciembre de 1992, tiempo en que la actora no estuvo afiliada al**

¹ **APODERADA PARTE DEMANDADA PALMAS OLEAGINOSAS:** Presentamos recurso de apelación, su señoría, fundado, básicamente en indicar que no fueron tenidos en cuenta por el despacho los argumentos de hipótesis planteadas por la suscrita, consideramos que debe revocarse la condena impuesta a mi representada, teniendo en cuenta que la omisión se predica y quienes están obligados a cumplir con una obligación, no la asume en el tiempo o plazo estipulado en el caso (inaudible) anteriormente, mi representada, no estaba en la obligación de afiliar y cotizar al sistema de pensiones administrado por el ISS en los periodos señalados, muchísimas gracias.

sistema de seguridad social el pensiones, 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 la accionante 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 aprovisionamientos correspondientes.

Así pues, en primer lugar, 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 con la demandante, sino que mostró inconformidad frente a la condena al pago del cálculo actuarial dispuesto por la Juzgadora inicial.

En ese orden, a efecto de resolver el presente asunto lo primero que se ha de indicar es que la condena tuvo su sustento en el hecho de que no puede verse frustrado el derecho pensional de la trabajadora 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. 41475²,

² 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 diáfano que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

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.

reiterada en las sentencia SL4921 del 27 de octubre del 2021, SL4321 del 23 de noviembre del 2022 y SL3823 del 26 de octubre del 2022, 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 derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; 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 SL885-2023 Rad. 93872 del 15 de febrero del 2023 así:

“...la Sala ha tenido la oportunidad de establecer a través de una línea jurisprudencial pacífica, que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier motivo, sea por omisión en la afiliación, por falta de afiliación por no ser llamado por el ISS o por no existir cobertura del extinto ISS, tiene a su cargo el pago total de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, toda vez que en esos momentos estaban bajo su responsabilidad (CSJ SL1579-2022, CSJ SL1720-2022, CSJ SL4292-2022 y CSJ SL3506-2019).

(...)

En este orden de ideas, conforme al derrotero jurisprudencial señalado, en estos eventos el cálculo incluye todo el período laborado por el empleado porque mientras el ISS no subrogara al empleador en sus obligaciones, este tenía la responsabilidad

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 párrafo 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”.

total respecto al riesgo pensional del trabajador...”

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., en cuanto da a entender su actuar de buena fe, bajo la premisa que no existía disposición normativa alguna que la facultara para la realización de la afiliación de la demandante y el correspondiente pago de los aportes, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Ahora, en atención al grado jurisdiccional de CONSULTA que se surte en favor de la demandada COLPENSIONES, la Sala encuentra acertada la orden a ella emitida, en relación con la elaboración del cálculo actuarial, en tanto al ser ésta la Administradora de Pensiones elegida por la trabajadora para el pago de sus aportes y ante la cual se han hecho todas sus cotizaciones conforme a la historia laboral aportada por dicha accionada (Archivo 15 págs. 86 a 93), es claro que en su cabeza se encuentra esta obligación de hacer con el fin de convalidar el tiempo no cotizado y por ende la de actualizar la historia laboral con el periodo que comprende el pago del cálculo actuarial (19 de junio de 1989 a 2 de diciembre de 1992), confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES (Archivo 14 expediente digital, págs. 7 y 8³), es de advertir, el derecho a perseguir el pago del cálculo para la financiación de un derecho pensional no está sujeto a término de prescripción, razonamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras desde las sentencias con radicación 21378 del 18 de febrero del 2004, SL 8544 del 15 de junio de 2016 y SL 738 Radicación No. 33330 del 14 de marzo del 2018⁴.

³ Por auto del 10 de octubre del 2022 se admitió la contestación de Colpensiones (Archivo 17 expediente digital).

⁴ (...) tratándose de aportes pensionales omitidos, en tanto se constituyen como parte fundamental para la financiación y consolidación del derecho a la pensión, no resulta dable aplicar la prescripción sobre el derecho, como tal, sino tan solo sobre las mesadas o eventuales reajustes dejados de cobrar oportunamente.

En efecto, en primer lugar, el Tribunal transcribió sin mayores explicaciones algunos apartes de la sentencia emitida por esta sala CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, en la que se adocrinó que los factores económicos que integran la base salarial y su impacto sobre la liquidación de una pensión de jubilación, por excepción, sí están sometidos a prescripción. Tras ello, inexplicablemente, obvió que la controversia de la que se ocupaba el proceso era sustancialmente diferente, en tanto se trataba de indagar por una omisión del empleador en la afiliación de un trabajador al sistema de pensiones, junto con sus consecuencias.

Por ese camino, el Tribunal aplicó unas reglas jurídicas que, además de que ya fueron revaluadas por la mayoría de la Sala (ver CSJ SL8544-2016, CSJ SL10444-2016, CSJ SL14921-2016, CSJ SL13585-2016, entre otras), son absolutamente inaplicables a este asunto, en el que, valga repetir, no se discute la inclusión

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 parte demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

de algún factor salarial que deba influir en el monto de la pensión de vejez, sino la omisión de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones durante varios periodos de la relación laboral. En segundo lugar, para la Corte el Tribunal incurrió en otro error jurídico al concluir que, en este caso, la reclamación del actor por los periodos de la relación laboral no cotizados al sistema de pensiones se encontraban afectados por prescripción.

En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que «...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...»

Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la imprescriptibilidad de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la imprescriptibilidad de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[...] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,

[...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna.

A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción en tanto tal, en iguales términos que los prohijados por la Sala para el estatus de pensionado, sino tan solo en cuanto a las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.”
(Subrayas fuera de texto)

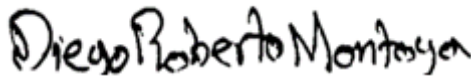
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

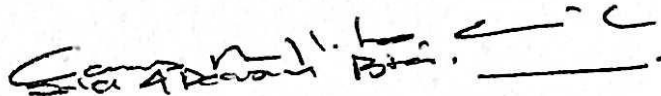
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000, 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 LUZ RUTH GONZÁLEZ
JAIMES CONTRA AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –
AVIANCA S.A.- y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 15 2020 00253 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

En relación con la solicitud consignada en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión por parte de la demandante, acerca del decreto de unas pruebas¹, debe advertirse, no se dan los presupuestos para proceder en tal sentido en esta instancia, en tanto, acatando lo establecido en el artículo 83 del C.S.T²., se tiene que es viable la práctica de las pruebas en segunda instancia siempre y cuando las partes convocadas a juicio las hubiesen solicitado en el momento procesal oportuno y no se hubieran practicado por una causal ajena a dicha parte, supuesto que desde luego no aplica en esta litis, pues al observarse el ítem de pruebas de la demanda, si bien se dirige una solicitud a la empresa enjuiciada AVIANCA S.A. en el literal 4 (*archivo 06.EscritoSubsanacion*), el a quo

¹ **Ítem petición especial, páginas 15 a 17, archivo 07:** “Este proceso que tanto ha enredado la demandada AVIANCA S.A., negando la existencia de las pruebas y descargando la carga de la prueba en el trabajador, puede ser también solucionado por H. Tribunal, en ejercicio de las facultades conferidas en el art. 83 del Código de Procedimiento Laboral, por lo que se solicita respetuosamente, se ordene directamente a la demandada certificar los valores que pagó por el alojamiento del demandante, puesto que la prueba está pedida en la demanda, no se practicó por que la accionada se negó a esta, Y, además, se comprobó en el proceso con los contratos hoteleros, que ella sí pagó valores individuales de hospedaje de sus trabajadores.”.

²**Artículo 83. Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas.** Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. (Subrayado fuera del texto).

en audiencia celebrada el 06 de abril de 2022 (archivo 63) requirió a la demandada para que aportará la información solicitada, dándose cumplimiento el 06 de julio de 2022 (archivos 70, 71 y 72), declarándose clausurado el debate probatorio el 07 de julio de 2022, decisión que no fue objeto de reparo.

Por lo anterior, se denegará la solicitud impetrada.

De otra parte, atendiendo lo exteriorizado por el apoderado de la demandante en el escrito de alegatos, relacionado con: *“Si bien es cierto, en defensa de la Señora demandante se interpuso recurso de apelación con fines de verificación numérica, no fue necesario referirse a esto en este escrito, por encontrarse tras un cuidadoso estudio, que la liquidación se hizo correctamente por el a-quo”*, debe entenderse que se trata de una manifestación y no un desistimiento al recurso de apelación en los términos del artículo 316 del C.G.P.³, siendo viable el estudio de los argumentos expuestos en el recurso por esta Corporación.

³**“Artículo 316. Desistimiento de ciertos actos procesales.**

Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.

El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario.

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes así lo convengan.*
- 2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.*
- 3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.*
- 4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.”.*

Finalmente, en cuanto al memorial allegado por la demandante en nombre propio (archivo 13, carpeta segunda instancia), debe indicarse, no se le dará traslado toda vez que debe elevar las solicitudes por medio de su apoderado judicial al no ser Abogada.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación promovido por Avianca y la demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: «81Audiencia13DeSept202000253», récord 2:58:25), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que los viáticos por alojamiento entregados a la señora demandante, tienen carácter salarial para efectos de tenerlos en cuenta como aportes al sistema general de Seguridad Social en pensiones, conforme lo expuso la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Avianca a pagar los aportes a la seguridad social en pensiones ante la Administradora Colombiana de Pensiones, sobre las diferencias o valores que se obtuvieron por parte de este operador judicial por concepto de viáticos de alojamiento con los correspondientes intereses moratorios que establezca la Administradora Colombiana de Pensiones, para el

efecto se ordene incorporar al plenario y hará parte de este fallo el correspondiente cuadro de Excel que se ordena convertir a PDF donde se contiene mes a mes los valores que se pudieron demostrar y se obtuvieron como diferencias en esta base salarial de cotización ante Colpensiones, todo lo anterior como se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Colpensiones al reconocimiento a favor de la señora demandante de su pensión de vejez reconocida mediante resolución número NR 14023 del 22 de febrero del año 2013, en un valor como primera mesada pensional a la suma de \$3,704.685 y no al valor allí reconocido inicialmente de \$3.125.187, pagando las correspondientes diferencias entre el valor inicialmente reconocido, y el que se establece como mesada en esta providencia, una vez proceda AVIANCA a pagar los correspondientes aportes dejados de efectuar conforme se dispuso los numerales anteriores, conforme se expuso en la parte motiva también.

CUARTO: DECLARAR afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, las diferencias en las mesadas pensional causadas con anterioridad al 4 de febrero del año 2017, conforme se expuso en la parte motiva.

QUINTO: ABSOLVER a AVIANCA de las pretensiones principales conforme se expuso en la parte motiva

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a AVIANCA para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente entonces a 4 salarios mínimos legales vigentes para el año 2022, SIN COSTAS a favor ni en contra de COLPENSIONES”.

Inconforme con la decisión el apoderado de AVIANCA S.A. interpuso recurso de apelación⁴ con la finalidad de que se revoque en su totalidad, manifestando, el

⁴ **Recurso AVIANCA S.A. (récord 3:09:07):** “Estando en la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia anteriormente proferida por parte del despacho principalmente en lo que tiene que ver en las condenas impuestas y la condena en costas por supuesto para que en su lugar el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral disponga la absolución de mi representada conforme a las siguientes razones.

Entonces fueron motivos básicamente para condenar a Avianca los siguientes aspectos, digamos que el despacho manifiesta en su parte considerativa que en efecto en virtud de la carga dinámica de la prueba AVIANCA está en mejor posición de probar de una manera u otra la pernocta y el valor de la misma, también encontramos el despacho e aplica de manera parcial el peritaje de la parte actora principalmente también en lo que tiene que ver a los lugares de pernocta teniendo en cuenta por supuesto el itinerario de vuelo y cuarto aspecto que si tenemos uso el despacho también para proferir sentencia, sería entonces la certificación del juzgado 39 la cual, se usó como prueba trasladada en el presente proceso. Entonces en cuanto al primer aspecto es decir que Avianca está en mejor posición de probar como primera medida encontramos que el despacho no realizó un análisis adecuado acertado del artículo 167 del código general del proceso y pues desafortunadamente omitió en su sentencia que para que se de aplicación al principio de la carga dinámica de la prueba en el decreto de pruebas o antes de proferir sentencia situación que no sucedió, es deber del juez anunciar que la misma se va a aplicar y de qué manera se va a hacer y lo cierto es que el despacho únicamente viene a aplicar este principio al momento en que se profiere el fallo de primera instancia, situación que a criterio pues de Avianca va en contra de su derecho de defensa y contradicción que le asiste de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, sin perjuicio de lo anterior contrario a lo que indica el despacho claramente quién está en mejor posición de probar el lugar, fechas de esta nota es la parte demandante pues tal como se indicó en los alegatos de conclusión evidentemente fue la señora Luis Ruth González

quien viajó y se hospedó en los hoteles contratados por parte de mi representada quien claramente cumplió con su deber de suministrar el alojamiento en los términos de la convención colectiva pues suscrita con CAV razón por la cual no es dable desde ningún punto de vista que se traslade dicha carga a mi representada cuando los términos del 167 quien tiene que probar los hechos bajo los cuales se edifican sus pretensiones es la parte actora, más aún cuando reiteró que está en mejor posición de hacerlo pues téngase en cuenta para el efecto que la señora Janet Gamarra en su declaración indicó que ellos guardaban una copia general del GENERAL DEC, que indica hora de llegada salida y hotel, prueba que en todo caso no fue aportada por la parte actora en cuanto al tema de los itinerarios de vuelo debemos señalar que básicamente el despacho tiene por probada la pernocta únicamente con este itinerario y con algunas declaraciones de la parte actora de sus testigos cuando tal como se indicó en alegatos que finalmente no fueron analizados por parte del despacho si bien se tomó 10 minutos para proferir sentencia porque supuestamente iba a analizar los alegatos no lo hizo y pues claramente este documento no es prueba pernocta pues el mismo únicamente indica la hora de llegada y salida del vuelo sin que se pueda llegar a establecerse sin efecto la actora utilizó los hoteles contratados por parte de la empresa situación corroborada por el mismo perito de la parte demandante quien indicó que en efecto no tiene certeza si la demandante se quedó en los hoteles dice expresamente no esto es una prueba que hace falta esto es un documento que hace falta.

Entonces en ese orden de ideas entiende esta defensa que el despacho forjó su libre convencimiento con base en indicios y no en pruebas reales pues en gracia de discusión dejó a un lado, las declaraciones de los testigos de la parte demandante en donde el señor Federico Londoño indicó expresamente que si llegaban a Nueva York un lunes y se quedaban hasta el miércoles pues podían visitar es decir lunes y martes a un familiar que viviera cerca y quedarse allí incluso el mismo testigo indicó que era usual cambiar de cadena hotelera y que en Buenos Aires sucedía y en Miami también y lo cierto es que el despacho al momento de proferir sentencia digamos que no tiene en cuenta estos cambios de cadenas hoteleras y lo que hace sostener la última cadena conocida por decirlo así.

Téngase en cuenta también que la señora Janet Gamarra corroboró lo indicado por Federico Londoño al indicar que en Lima y en Chile también cambiaban de cadena hotelera ciudades que también utilizó el despacho para proferir condena, entonces en ese orden de ideas el despacho no tiene en cuenta este cambio de cadenas hoteleras y que por supuesto este cambio o esta mutación de cadenas también genera una modificación en las tarifas que se tienen que usar en lo que refiere al dictamen pericial digamos que el despacho hace uso parcial de esta prueba, pero no indica de manera clara cuál es la parte que está utilizando o a esta defensa realmente no le queda claro dicho aspecto entonces en todo caso debo pues atacar la totalidad de este dictamen y en primera medida encontramos que el mismo no cumple con las disposiciones del artículo 226 del código general del proceso, no solo porque al momento de su realización el perito no contaba con tarjeta profesional situación la cual es totalmente absurda como un fallo se esté basando en un peritaje cuyo perito no cuenta con tarjeta, sino también porque adicionalmente tal como lo indicamos anteriormente ese peritaje se basa en un itinerario de vuelo que no acredita en efecto la existencia de una pernocta.

Aunado a lo anterior tampoco resulta dable que se pretende realizar un peritaje sin tener en cuenta las divisas de los países en que se contrataron los hoteles y de la nada sin explicación querer pasar el valor de la noche a dólares siendo claro que esta no es una práctica común, lo que hizo el despacho por ejemplo en aquellos contratos que estaban en euros los pasa a dólares y después a pesos situación que pues a criterio nuestro no tiene ningún sentido, téngase en cuenta que este peritaje tampoco analizó los cambios de cadenas hoteleras a los que hice referencia anteriormente y los testigos de la parte actora y al no tener en cuenta estas variaciones pues tampoco se puede establecer el valor de la habitación.

Aunado lo anterior hay contratos, por ejemplo el de New York incluso utiliza el despacho que tienen varias tarifas 149, 169 y 113 y acá el despacho no indicó cuál fue la que utilizó y porqué lo utilizó de esta manera, téngase en cuenta también que casi la mitad del dictamen se hace dando aplicación a la tal teoría que acogió el despacho del último contrato conocido es decir de aproximadamente 700 noches que supuestamente se pernoctaron el perito únicamente cuenta con

300 noches acreditadas conforme a un contrato y las otras se presumen, incluso tengas en cuenta al Tribunal solo para poner ejemplos que en el año 2002 el despacho únicamente indicó que hay contrato en Chile, el resto pues no se sabe qué contratos se utilice porque, año 2003 un solo contrato, año 2005 fue un solo contrato, Guayaquil 2006, un solo contrato, Buenos Aires años 2007 dos contratos y de resto lo que hace el despacho es utilizar pues la teoría del perito que se basa básicamente en la certificación emitida por parte de Avianca la cual posteriormente haré referencia.

Por otro lado pues debemos señalar que el despacho deja a un lado un aspecto muy importante y son los gastos de representación los cuales básicamente son la base para liquidar los viáticos por alojamiento y esto lo explicó el representante legal de Avianca, el despacho dice que no sabe cuál es el porcentaje, el representante legal lo explicó en la contestación de la demanda edificamos todo un acápite donde se explica esta situación, entonces en ese orden de ideas contrario lo que indica el despacho AVIANCA si realizó un despliegue probatorio para efectos de explicar cómo funcionan los viáticos de alojamiento entonces en el presente caso no encontramos razón suficiente para que el despacho no haya aplicado la excepción de compensación respecto de las sumas reconocidas por este concepto, por lo que le solicité al tribunal que analice este aspecto y por supuesto la excepción de compensación, en este punto me permito traer a colación sentencia de fecha 30 de agosto reciente de 2022 en el proceso de Sonia Patricia porras bajo el radicado 2020- 0067 en donde el tribunal realizó las siguientes reflexiones acerca del dictamen pericial y entrever que tiene la parte actora de acreditar el lugar de la pernocta “ de acuerdo con las anteriores consideraciones es claro que el dictamen pericial se encuentra cimentado sobre presunciones establecidas al arbitrio del perito pues las pruebas que sirvieron de base para su construcción no dan cuenta que se hubiera hospedado en todos y cada uno de los hoteles indicados en el dictamen sin que pueda inferirse que por el simple hecho de que el actor en su itinerario registrará un traslado a determinada ciudad no necesariamente conlleva a que pernoctará en alguno de los hoteles relacionados en los documentos adjuntos del dictamen pericial, máxime cuando el mismo perito sostuvo que Avianca en algunas ciudades tenía convenio con más hoteles, situación también que sucedía en el presente caso, lo que sin lugar a duda desdibuja completamente cada una de las afirmaciones sostenidas en el dictamen pericial es a ciencia cierta si la prueba no logra evidenciar efectivamente en donde fue alojado la actora en cada uno de sus traslados ni mucho menos refleja el valor sufragado por la encartada por cada día de estadía y manutención de la actora por su permanencia en los hoteles destinados por Avianca, más adelante indicó el Tribunal “Aunado lo anterior, no es válido señalar que para la cuantificación de los derechos pretendidos basta solo con tomar el valor de mi habitación señalada en cada imp de los contratos de alojamiento contrastados con los itinerarios certificados a la actora por parte de la demandada pues como se ha venido sosteniendo no existe prueba que permita evidenciar que la parte actora, haya estado hospedada en cada uno de los hoteles relacionados en el dictamen, de tal modo que las pretensiones de la demanda no podían ser acogidas dadas las falencias anotadas y que no percibió la juez a quo, contrario sensu, se evidencia in actividad probatoria de la parte actora pues no se evidencia en lo más mínimo que el extremo actor, en ejercicio del derecho de petición hubiera tratado de lograr la consecución de la prueba, con la cadena hotelera en donde se cree, que la actora estuvo alojada, como quiera que ni siquiera en los hechos de la demanda se indicó en que sitios había pernoctado la actora”.

Entonces en ese orden de ideas el despacho no solo desconocido por completo el 167 del C.G.P., sino que de una manera u otro premio la pasividad de la parte actora en cuanto al despliegue probatorio que ella misma tenía que realizar pues al interior del proceso ni siquiera queda acreditado que la apoderada de la parte demandante haya presentado derechos de petición a los hoteles en que la misma actora se quedó.

Aunado lo anterior, pues también debemos señalar que la decisión del despacho resulta ser de una manera u otra contradictoria, pues indica que por un lado va a tener en cuenta el peritaje y por el otro acepta que el perito se equivocó y que va a tener en cuenta el peritaje solo frente a ciertos períodos situación la cual denota que el juzgado de instancia desconoce por completo que la prueba no puede fraccionarse y aplicarse de manera parcial en favor de la parte actora en este caso. En cuanto al tema de la certificación del Juzgado 39 mediante el cual el despacho lleno de una manera u otra los espacios en que no encontró contrato hotelero, me permito señalar que el

despacho en su parte considerativa mencionó que en efecto en virtud de la carga dinámica de la prueba AVIANCA está en mejor posición de probar de una manera u otra la pernocta y el valor de la misma, aplicando de manera parcial el peritaje de la parte actora en lo que tiene que ver a los lugares de pernocta teniendo en cuenta el itinerario de vuelo, así como también tuvo en cuenta la certificación del Juzgado 39 la cual, se usó como prueba trasladada en el presente proceso.

En cuanto al primer aspecto, no se realizó un análisis adecuado y acertado del artículo 167 del Código General del Proceso omitiéndose en la sentencia que para que se de aplicación al principio de la carga dinámica debe ser en el decreto de pruebas o antes de proferir sentencia, situación que no sucedió, siendo deber del juez anunciar que la misma se va a aplicar y de qué manera se va a hacer y lo cierto es que el despacho únicamente aplicó este principio al momento en que se profiere el fallo de primera instancia, situación que va en contra del derecho de

artículo 174 del código general del proceso, que regula por supuesto la prueba trasladada establece que la misma es procedente en los siguientes casos "Siempre que se hubieren practicado a petición de la parte demandante contra quien se aducen o con audiencia a ella, sobre el particular", es importante que se tenga en cuenta que en el proceso promovido por parte de Sonia Clemencia Marta Castro bajo el radicado 2018-661 y que cursa en el Juzgado 39, bajo el cual se origina la prueba trasladada ni siquiera se ha cerrado el debate probatorio, en consecuencia no se ha proferido fallo en el que el despacho haya apreciado la certificación aplicada por el juzgador en este caso para su fallo.

Téngase en cuenta que en dicho proceso, con ocasión a la certificación que aplicó el despacho el juzgado solicitó la ampliación del dictamen aportado por la parte demandante, por lo cual se entiende que dicha prueba tampoco ha sido debidamente consentida, supuesto que exige de manera clara el artículo 174 del código general del proceso, téngase en cuenta que esta certificación surgió con actuación a particularidad de (inaudible) de ese proceso, para lo cual debemos señalar que en el mismo el apoderado de la parte demandante estaba solicitando contratos hoteleros del año 2005 a 2015 períodos totalmente diferentes a los del presente proceso y contratos por supuesto también totalmente diferentes siendo estas razones más que suficiente para concluir que el despacho erró por completo en aplicar la certificación en el presente asunto, y peor aún es lo que entendemos que realizó, darle de una manera u otra efectos de confesión a la misma.

Finalmente, pues también encontramos que el despacho de instancia ordenó intereses moratorios y acá en el presente caso debemos señalar que de acuerdo con las pretensiones de la demanda dicha situación no se solicitó, situación la cual va en contra del principio de congruencia, que debe haber entre la solicitud de la demanda y el fallo de instancia.

Ahora, digamos que eventualmente el tribunal podría interpretar que las facultades ultra y extra petita son una excepción al principio de congruencia, sin embargo, para que el juez pueda activar estas facultades tiene que haber debate al interior del proceso, situación en la cual tampoco sucedió en el presente caso aunado a que ni siquiera en la fijación del litigio se estableció como problema jurídico dicha situación.

Teniendo en cuenta pues los anteriores argumentos dejo sentado y sustentado mi recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá muchas gracias."

defensa y contradicción que le asiste a AVIANCA S.A. de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Agregó, contrario a lo que indica el despacho claramente quién está en mejor posición de probar el lugar, fechas de pernocta es la parte ya que fue la señora Luz Ruth González quien viajó y se hospedó en los hoteles contratados por parte de la demandada, quien claramente cumplió con su deber de suministrar el alojamiento en los términos de la convención colectiva suscrita con CAV razón por la cual no es dable desde ningún punto de vista que se traslade la carga a la empresa cuando los términos del 167 prevé, que quien tiene que probar los hechos bajo los cuales se edifican sus pretensiones es la parte actora, más aún cuando está en mejor posición de hacerlo.

Relató, la señora Janeth Gamarra en su declaración indicó que guardaban una copia general relacionando hora de llegada y salida del hotel, prueba que fue aportada por la demandante con el fin de acreditar los itinerarios de vuelo, no siendo viable que el *a quo* tuviera por probadas las noches de pernoctación con esta prueba junto con los testimonios recepcionados cuando los mismos no fueron analizados. En su sentir, estos documentos no acreditan la pernocta ya que solo relaciona hora de llegada y salida del vuelo sin que se pueda extraer que la actora utilizó los hoteles contratados, situación corroborada por el mismo perito al indicar que en efecto no tiene certeza si la demandante se hospedó en los hoteles.

Entonces en ese orden el *a quo* forjó su libre convencimiento con base en indicios y no en pruebas reales pues en gracia de discusión dejó a un lado, las declaraciones de los testigos de la parte demandante en donde el señor Federico Londoño indicó expresamente que si llegaban a Nueva York un lunes y se quedaban hasta el miércoles podían visitar a un familiar que viviera cerca y quedarse allí incluso el mismo testigo indicó que era usual cambiar de cadena hotelera y que en Buenos Aires sucedía y en Miami también. También la señora Janet Gamarra corroboró lo indicado por Federico Londoño al sostener que en Lima y en Chile también cambiaban de cadena hotelera, ciudades que también utilizó el despacho para proferir condena, entonces en ese orden de ideas el despacho no tiene en cuenta el cambio de cadenas hoteleras y por supuesto este cambio o esta mutación de cadenas también genera una modificación en las

tarifas que se tienen que usar en lo que se refiere al dictamen pericial, el juzgador no indicó de manera clara cuál es la parte que utilizó.

Frente al dictamen expuso, el mismo no cumple con las disposiciones del artículo 226 del Código General del Proceso, no solo porque al momento de su realización el perito no contaba con tarjeta profesional sino también porque se basa en un itinerario de vuelo que no acredita en efecto la existencia de una pernocta.

En su sentir, tampoco resulta dable que se pretende realizar un peritaje sin tener en cuenta las divisas de los países en que se contrataron los hoteles y de la nada sin explicación querer pasar el valor de la noche a dólares siendo claro que esta no es una práctica común, lo que hizo el despacho por ejemplo en aquellos contratos que estaban en euros los pasó a dólares y después a pesos situación que no tiene ningún sentido, ya que el peritaje tampoco analizó los cambios de cadenas hoteleras a los que se hizo referencia y al no tener en cuenta estas variaciones tampoco se puede establecer el valor de la habitación.

Aunado lo anterior, esgrimió, hay contratos por ejemplo el de New York que tiene varias tarifas y acá en este caso no se indicó cuál fue la que utilizó y por qué lo utilizó, de esta manera, la mitad del dictamen se hace dando aplicación a la teoría que acogió el despacho del último contrato conocido, es decir, aproximadamente 700 noches que supuestamente se pernoctaron pero el perito únicamente cuenta con 300 noches acreditadas conforme a un contrato y las otras se presumen, incluso, téngase en cuenta solo para poner ejemplos que en el año 2002 el despacho únicamente indicó que hay contrato en Chile, el resto no sabe qué contratos se utiliza porque, en el año 2003 hay un solo contrato, año 2005 fue un solo contrato, Guayaquil 2006, Buenos Aires año 2007 dos contratos y el resto lo que hace el despacho es utilizar la teoría del perito.

Por otro lado se deja a un lado los gastos de representación los cuales básicamente son la base para liquidar los viáticos por alojamiento y esto lo explicó el representante legal de Avianca, el despacho admitió que no sabe cuál es el porcentaje, cuando el representante legal lo explicó en la contestación de la demanda, entonces en ese orden de ideas contrario lo que indica el despacho AVIANCA si realizó un despliegue probatorio para efectos de explicar cómo funcionan los viáticos de alojamiento entonces en el presente caso no encontramos razón suficiente para que el despacho no haya aplicado la excepción

de compensación respecto de las sumas reconocidas por este concepto, desconociendo la sentencia de fecha 30 de agosto reciente de 2022 en el proceso de Sonia Patricia Porras bajo el radicado No. 2020- 0067 en donde el tribunal realizó unas reflexiones similares acerca del dictamen pericial. En ese orden de ideas no solo se desconoció el 167 del C.G.P., sino que de una manera u otra se premió la pasividad de la parte actora en cuanto al despliegue probatorio al interior del proceso, pues ni siquiera quedó acreditado que la apoderada de la parte demandante haya presentado derechos de petición a los hoteles.

Aunado lo anterior, la decisión del despacho resulta ser de una manera u otra contradictoria, pues indica que por un lado va a tener en cuenta el peritaje y por el otro acepta que el perito se equivocó y que va a tener en cuenta el peritaje solo frente a ciertos períodos situación la cual denota que el juzgado de instancia desconoce por completo que la prueba no puede fraccionarse y aplicarse de manera parcial en favor de la parte actora.

Respecto a la certificación proveniente del Juzgado 39 mediante el cual el despacho llenó de una manera u otra los espacios en que no encontró contrato hotelero, el artículo 174 del Código General del Proceso, regula la prueba trasladada y establece que la misma es procedente en los siguientes casos: *"Siempre que se hubieren practicado a petición de la parte demandante contra quien se aducen o con audiencia a ella, sobre el particular"*, es importante que se tenga en cuenta que en el proceso promovido por parte de Sonia Clemencia Marta Castro bajo el radicado 2018-661 y que cursa en el Juzgado 39, bajo el cual se origina la prueba trasladada ni siquiera se ha cerrado el debate probatorio, en consecuencia, no se ha proferido fallo en el que el despacho haya apreciado la certificación aplicada por el juzgador en este caso para su fallo.

Téngase en cuenta que en dicho proceso, con ocasión a la certificación que aplicó el despacho el juzgado solicitó la ampliación del dictamen aportado por la parte demandante, por lo cual se entiende que dicha prueba tampoco ha sido debidamente consentida, supuesto que exige de manera clara el artículo 174 del Código General del Proceso, téngase en cuenta que esta certificación surgió con anterioridad a este proceso, para lo cual el apoderado de la parte demandante estaba solicitando contratos hoteleros del año 2005 a 2015 períodos totalmente diferentes a los del presente proceso y contratos por supuesto también totalmente

diferentes siendo estas razones más que suficiente para concluir que el despacho erró por completo en aplicar la certificación en el presente asunto.

Finalmente, el despacho de instancia ordenó intereses moratorios cuando de acuerdo con las pretensiones de la demanda dicha situación no se solicitó, situación la cual va en contra del principio de congruencia, que debe haber entre la solicitud de la demanda y el fallo de instancia. Ahora, eventualmente el tribunal podría interpretar que las facultades ultra y extra petita son una excepción al principio de congruencia, sin embargo, para que el juez pueda activar estas facultades tiene que haber debate al interior del proceso, situación en la cual tampoco sucedió en el presente caso aunado a que ni siquiera en la fijación del litigio se estableció como problema jurídico dicha situación.

Por su parte, el apoderado de la demandante manifestó⁵ su inconformidad, dirigida a la liquidación efectuada por el a quo, arguyendo, los años en los que no hay

⁵ **Recurso Demandante (récord, 3:02:47):** “Su señoría con todo respeto, me permito interponer de manera parcial el recurso de apelación por los siguientes presupuestos en cuanto a la disertación que se tuvo para tener en cuenta los viáticos con incidencia salarial y aparte está completamente de acuerdo con las razones de derecho que expuso el despacho igualmente pues con las probatorias que arrimaron a entender que se dieron por todos los viáticos y se causó ese valor con incidencia salarial que desconoció en el momento que se debía hacer las liquidaciones la empleada. Ahora, la única inconformidad radica en algunas precisiones sobre la liquidación, se dice que, se han de descartar y así se hizo por el despacho aquellos contratos que se dieran más de 5 años y no aparecieran como conocidos, es decir que estos que se deban sostener de acuerdo a la certificación que había emitido AVIANCA dando una explicación acerca de cómo se debería entender esos lapsos de tiempo entre contratos, la certificación dice y me voy a lo puntual en lo siguiente, me refiero a su requerimiento relativo a aclarar si los intervalos de tiempo entre los contratos de alojamiento aportado se puede entender que aplicó la misma tarifa del contrato más activo al respecto me permito aclarar que conforme la información suministrada por el área de logística de la empresa en un plazo extendido 5 años o más pues así se obtiene estabilidad en los precios con los proveedores en esa medida es correcto concluir por ejemplo que si para una ciudad específica existía un contrato en el año X y posteriormente se encuentra otro en el año X la tarifa para los años x1 x2 x3 y x4, fuera del contrato x, de manera que la lectura puntual exegética de la certificación no se está diciendo que solo sea para 5 años en escrito sentido lo que está aplicando Avianca es que son 5 años o más hasta que aparezca otro contrato y sirva un ejemplo para unos años del x1 al x4, manteniéndose la tarifa hasta un máximo de x5 pero por citar un ejemplo, no está certificado que eso sea una regla a rajatabla entonces al momento en que el perito toma el análisis de la certificación de acuerdo a su tenor literal está diciendo que puede ser 5 años o más. Es decir, hasta que aparezca un nuevo contrato por lo tanto se deberían incluir todos aquellos que fueron excluidos dentro de esa discusión simplemente e quedan algunas dudas que ya serán objeto de alegación, ante el Tribunal por ejemplo revisando se dice que no sé por ejemplo para el 2004 que se excluyeron de esa base con la que se liquidó ahorita por ejemplo unos viajes a Guayaquil para ese año 2004 por no existir contrato revisada la contratación incluso la que reposa en el expediente digital aparece contratos para Guayaquil 1999, 2000, 2002, 2003 es decir que aun así se aplicará esa regla del 2005 pues en el 2004 se debieron de 5 años en el 2004, pues se debía tener en cuenta ese año posteriormente para (no se entiende) se dice que no hay la posibilidad de incluir viáticos para o costos de alojamiento para los años 2004 y se citan unos ejemplos y 2003 e incluso algunos del 2002 pero aquí revisada la contratación se ve que existen contratos tanto para el año 2000, 2001, 2002, 2003 e incluso el salto al 2007 que sería del 31 de diciembre de 2002 a 1 de enero de

contrato hotelero deben suplirse con aquellos que tienen una vigencia de más de 5 años, conforme a la certificación emitida por AVIANCA donde expresa dicha situación.

De otra parte, expresó, si el Tribunal dado el avance jurisprudencial de la Corte quisiera ejercer sus funciones procesales del artículo 83 del Código Procesal del Trabajo podría para tener exactitud, oficiar a AVIANCA porque la Corte ha evidenciado que esta empresa si tiene como certificar con exactitud con fechas de desplazamientos iniciales, hoteles, cuánto pagó y valores de reembolso.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ RUTH GÓNZALEZ JAIMES en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y subsanación (páginas 2 a 3, «006Expedientedigital.pdf») las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5, *ibidem*), aspirando de manera principal a que se condene al pago del mayor valor de la pensión, producto de la inclusión del factor salarial de viáticos por alojamiento, en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial aportado con la demanda, y no fueron tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones; en consecuencia, se condene al pago de los valores producto de la reliquidación pensional por

2007 estaría dentro de la regla utilizada por el despacho de los 5 años, con todo regla que en la misma demandada no impuso como exacta dentro de su contratación entonces simplemente requería hacer una revisión, yo entiendo es largo el tema de pronto pues son cosas que se pudieron de pronto pues pasar dentro de pues es una justicia humana, somos humanos pero pues de lo contrario estoy 100% de acuerdo con la manera en la disertación en que se hizo sobre la liquidación de estos contratos y bueno y los presupuestos para dar por viáticos como ciertos, en este caso.

Ahora sí de pronto pues el Tribunal dado este avance jurisprudencial de la Corte que quisiera ejercer sus funciones en este caso procesales del artículo 83 del código procesal del trabajo pues se podría para tener exactitud, ya que se advirtió y esto ocurrió recientemente pues no fue materia de debate en este proceso obstante porque la Corte lo acaba de evidenciar que AVIANCA si tiene como certificar con exactitud e incluso le impuso Avianca requerimientos exactos diciendo, deme las fechas de desplazamientos iniciales, dígame en qué hoteles puso hizo uso ella de la habitación, cuánto pagó usted y si no cuánto le reembolsó. De esa manera, si no hay reembolso hay costo de habitación porque no puede por sustracción de materia haber una cosa y no la otra, entonces en ese sentido dejó sustentado mi alegato agradeciendo de manera muy respetuosa al despacho que es por la paciencia y todo el tiempo que nos dedicó muchísimas gracias su señoría.”.

concepto de viáticos por alojamiento, desde la fecha del reconocimiento pensional y hasta que actualice la mesada pensional. **Subsidiariamente**, se condene a AVIANCA S.A. a pagar con destino a COLPENSIONES el Bono Pensional o el valor diferencial, que corresponde al concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento, causados en los últimos 10 años de servicios, en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial aportado con la demanda. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES, a que una vez la demandada Avianca S.A., actualice y pague las cotizaciones de los últimos 10 años de servicios al valor real, proceda a reliquidar la pensión. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se accedió a las pretensiones subsidiarias, toda vez que se declaró que los viáticos por alojamiento entregados a la señora demandante, tienen carácter salarial para efectos de tenerlos en cuenta como aportes al sistema general de Seguridad Social en pensiones, se condenó a Avianca a pagar los aportes a la Seguridad Social en pensiones ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, sobre las diferencias o valores que se obtuvieron por concepto de viáticos de alojamiento con los correspondientes intereses moratorios que establezca la Administradora Colombiana de Pensiones, Se condenó a COLPENSIONES al reconocimiento a favor de la señora demandante de su pensión de vejez reconocida mediante Resolución No. 14023 del 22 de febrero del 2013, en un valor como primera mesada pensional a la suma de \$3,704.685 y no el valor reconocido inicialmente de \$3.125.187, pagando las correspondientes diferencias entre el valor inicialmente reconocido, y el que se establece como mesada en esta providencia, una vez proceda AVIANCA a pagar los correspondientes aportes dejados de efectuar y se declaró afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción, las diferencias en las mesadas pensional causadas con anterioridad al 4 de febrero del año 2017. **Lo anterior, tras considerar** que la parte demandante cumplió con la carga de la prueba, con el dictamen pericial aportado al proceso, no controvertido por la parte demandada, en cuanto a que se haya demostrado un error grave en su realización, pues, por el contrario, encontró que para la elaboración del mismo pues se tuvo en cuenta la documental y las fórmulas matemáticas propias para el caso que nos ocupa. Al hallar demostrado que se cancelaron viáticos a la demandante por los días en que pernoctó en lugares fuera de su domicilio debido al trabajo que realizaba en la aerolínea Avianca, donde debía trasladarse a diferentes destinos y que Avianca pagó directamente a los establecimientos hoteleros, los cuales constituían salario

y, por lo tanto, había lugar a reliquidar la pensión teniendo en cuenta dichos valores, pues no se tuvieron en cuenta en su momento oportuno.

Frente a las condenas principales, el *a quo* absolvió a la demandada al considerar, si bien los dineros producto de la reliquidación pertenecen a la demandante lo cierto es que al ser fruto de la relación laboral que sostuvo con AVIANCA S.A. deben ser puestos a disposición del Sistema de Seguridad Social Integral, enfatizando, toda persona con “capacidad de pago” tiene la obligación de afiliarse como cotizante al Sistema y realizar sus aportes.

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

En esa dirección, le corresponde a la Sala resolver como problema jurídico, si le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación de los viáticos como factor salarial en orden a reliquidar la pensión y de ser así, examinar los valores reconocidos por el juzgador de primer grado conforme a la apelación del demandante. Por otra parte, se examinará la distribución de la carga dinámica de la prueba.

Con ese propósito, sea lo primero señalar, no fue objeto de discusión por ninguna de las partes la existencia del contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 1º de marzo de 1978 hasta el 31 de agosto de 2013 (Certificación, archivo 34, 2012081611801S0141360002), que el cargo desempeñando por la actora fue el de Auxiliar Vuelo Internacional; que la señora **LUZ RUTH GONZÁLEZ JAIMES** acreditó su calidad de pensionada con la presentación de la copia simple de la Resolución GNR No. 014023 del 22 de febrero de 2013, visible en la hoja 38 y s.s. del archivo 1 del expediente digital, expedida por el Gerente Nacional de Reconocimiento Colpensiones, mediante la cual se le concedió la pensión de vejez a partir del 16 de febrero de 2012, en cuantía inicial de \$3.125.187. Asimismo, no se desconoce, que a través de la Resolución SUB 187000 del 13 de julio de 2018, Colpensiones le reliquidó la prestación económica a la demandante desde el 16 de febrero de 2012, reconociendo una mesada pensional de \$3.132.970.

Así cosas y con la finalidad de desatar el recurso interpuesto debe traerse a colación los reiterados pronunciamientos de la Sala Laboral de la CSJ, entre otros en las sentencias No. Radicación 35818 de 2009 y SL1753-2018, en donde se ha sostenido que cuando se pretende la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta para ello lo devengado por concepto de viáticos permanentes, es a la promotora del juicio a quien le corresponde en virtud de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C.G.P., demostrar y cuantificar el monto que individualmente canceló el empleador por dichos conceptos. Esto es, se impone como tal demostrar en forma clara los días en que pernoctó en el exterior por cuenta de la demandada, así como el precio del alojamiento de cada noche, pues solo con tales datos se puede obtener el valor recibido a título de viáticos.

En igual sentido, en la sentencia CSJ SL4032-2017, reiterada en la CSJ SL3865 - 2020, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, insistió:

«[...] el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en efecto ocurrió, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779). De ahí que no se transgredió el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP». (Negrilla fuera del texto).

Ahora bien, en punto ahora a la carga dinámica de la prueba consagrada ya positivamente en nuestra legislación, bueno es anotar que quien anhela un derecho, debe acreditar los supuestos de hecho, es su obligación, no obstante, es factible que en algunos casos, la carga de la prueba se invierta estableciendo la legislación procesal, de orden público, unos momentos para que el juez distribuya la carga atendiendo a quien esté en mejores condiciones de acreditar determinado hecho, desde luego ello podrá ser controvertido y sujeto a recursos, no puede entonces, sorprenderse con la inversión de la carga probatoria, so pena de violentar el debate probatorio y el derecho de defensa, esto es, un debido proceso.

Al punto el juzgador de primer grado consideró en su sentencia que AVIANCA reconoció que pagaba de manera directa el hospedaje a los trabajadores, debiendo entonces acreditar que la demandante no pernoctó en virtud de la carga dinámica de la prueba (*récord fallo 01:50:06*), siendo contrario al criterio de la Sala pues quien afirma que pernoctó unas noches en hospedajes asumidos por la encartada debe acreditar ese supuesto de hecho, en orden a la causación de los viáticos, sin que se permita inversión probatoria en cualquier estadio procesal.

En ese hilo conductor y descendiendo a las pruebas aportadas al plenario, se evidencian:

Interrogatorio rendido por el representante legal de AVIANCA S.A., quién en audiencia de fecha 6 de abril de 2022, exclamó: *“Soy Abogado y RL desde hace unos cuatro años. Los pagos efectuados para efectos de cotizaciones a seguridad social se hicieron con base en la convención colectiva de trabajo, en la que se pactó que los viáticos de alojamiento corresponderían a un porcentaje de los gastos de representación, fue lo que se pactó en la cláusula 67, en un principio esos viáticos de alojamiento eran el 20% de los gastos de representación, independientemente de cuantas veces viajaran, eso cambió a partir del año 2003, cuando Avianca entró al capítulo 11, al 10% de los gastos de representación, era una suma fija sobre los gastos de representación. La incidencia salarial de los viáticos correspondía a una suma fija que se pagaba independiente de los números de viajes. Dentro de lo que yo tengo entendido la compañía no efectuó un reembolso a la demandante de lo sufragado por gastos de alojamiento, porque en los sitios que ella viajaba Avianca tenía unos hoteles reservados para esos efectos. De pronto si ella hubiera viajado a un sitio a donde Avianca no tuviera hoteles, de pronto hubiera podido ocurrir, pero que sepa, no pasó. Los contratos hoteleros tienen tarifas por los costos de cada habitación. Dentro del contrato tiene que haber una cláusula que diga cómo se va a facturar, el tema; Avianca en un hotel, reservaba 5 habitaciones, por poner un ejemplo, y el hotel les facturaba a precios menores a los del público en general, habitaciones que Avianca tenía reservadas para sus tripulantes. Ella podía quedarse donde ella a su bien quisiera; Avianca tenía la obligación de garantizar la habitación, y ella tenía la obligación de estar pendiente de si había un cambio en la tripulación o vuelo, pero tenía la facultad de quedarse donde ella quisiera.”.*

La demandante en el interrogatorio de parte recaudado el 6 de abril de 2022, expuso: *“Soy pensionada por Colpensiones, tengo 64 años. En Avianca trabajaba como auxiliar de vuelo internacional. Fui a Barcelona, Madrid, Nueva York, Londres, Rio de Janeiro, Ecuador, Brasil, Argentina a todos los países que iba Avianca y me asignaba un itinerario mensual. Ellos nos exigían quedarnos en los hoteles que tenían contratados*

para nosotros. Cuando salíamos de Colombia, a llegar por ejemplo a Madrid, nos entregaban un general donde aparecía mi nombre, el nombre de los pilotos y mis compañeros de vuelo, con las habitaciones ya asignadas, solamente llegábamos al check out en el hotel y nos entregaban las llaves con el número de la habitación. En Madrid nos alojábamos en Melia Castilla, en Nueva York en el Sheraton, en Miami en el hotel del aeropuerto, en Brasil no me acuerdo. Avianca no permitía que nos entregaran una factura de alojamiento, solo de consumo de alimentos”.

A la par, se recaudaron las declaraciones de los señores **FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO** y **JANETH GAMARRA RUEDA**, quiénes narraron el 6 de abril de 2022 y 07 de julio de la misma anualidad, respectivamente:

GUILLERMO LONDOÑO: *“Soy piloto comercial, trabajo con Avianca hace 36 años, hasta el año 2017 efectué vuelos internacionales, entre 2000 y 2017. El auxiliar de vuelo es la persona que maneja el tema de seguridad dentro de la cabina de pasajeros durante todo el vuelo, está pendiente que la gente cumpla con los protocolos de seguridad. Muchas veces volé con ella, ella era auxiliar internacional, volábamos a España, Madrid, Barcelona, Nueva York, Los Ángeles, muchas veces estuve con ella en el avión. En todas las veces que volábamos internacionalmente, pernoctábamos en el lugar de destino, por temas de descanso. Lo normal es que Avianca tenía contratos con hoteles en cada ciudad. Una vez llegábamos a la ciudad y salíamos del aeropuerto, nos recogía un transporte que era pagado por Avianca, y nos llevaban al hotel a toda la tripulación, y en ese hotel nos registrábamos todos y ahí pernoctábamos, normalmente periodos de 26 a 36 horas o un poco más. Debíamos quedarnos en el hotel que Avianca contrataba, el sitio de notificación era el hotel, por si había un cambio de vuelo, en esa época la comunicación era al teléfono del cuarto. El hotel era siempre el mismo, en Barcelona por dar un ejemplo, siempre íbamos al hotel diagonal cero, a veces cambiaban el contrato, pero el mismo hotel duraba un año, dos años. De acuerdo al RAC colombiano, por cada hora que yo vuele debo tener un mínimo tiempo de servicio, en América el tiempo mínimo de descanso son 12 horas. En Europa, no me acuerdo cuando fue, el descanso se volvió 18 horas. Uno se quedaba en el hotel, porque donde más se iba a quedar uno, nos quedábamos todos en el hotel.”*

JANETH GAMARRA: *“Soy pensionada de Avianca hace 4 años aproximadamente. Somos ex compañera de trabajo (con la demandante), cuando yo entré a la compañía ella ya estaba laborando ahí. Yo era auxiliar de vuelo, la sra Ruth era auxiliar de vuelo, trabajábamos como auxiliar de vuelo. Hace muchos años fuimos a Rio de Janeiro, el hotel era el Intercontinental, Avianca nos daba un itinerario mensual, e íbamos a todas partes. Siempre nos teníamos que quedar en los hoteles, porque debíamos estar dispuestos a cualquier eventualidad que se presentaran, estábamos a servicio de la compañía. Cuando una persona necesitaba salir del hotel, necesitábamos de un permiso especial de la*

compañía o del piloto si era una auxiliar de vuelo, pero no podíamos ausentarnos del hotel ya que Avianca contrataba los hoteles donde íbamos a pernoctar. Nosotros llegábamos al hotel, hacíamos el check in por intermedio de un documento oficial que Avianca tiene que se llama el general deck, donde manifiesta el nombre de nosotros los tripulantes, la aeronave, numero de vuelo, origen, destino final. Avianca tenía un contrato de transporte donde nos llevaban de los aeropuertos a los hoteles y de los hoteles al aeropuerto. Al hacer el check out cancelábamos los consumos de alimentos y bebidas con los viáticos de manutención que Avianca nos daba. Hicimos varios vuelos, fuimos a Madrid al hotel Melia Castilla, a Buenos Aires en el Sheraton, nosotras pernoctábamos juntas, colábamos mensualmente o semanalmente, pero con ella yo recuerdo que hice esos vuelos. Solo estaba contratado un hotel, a no ser que se presentara una eventualidad, congresos, etc, a mí nunca me tocó. Pero yo siempre pernocté en el Melia Castilla con la sra Ruth González. Las habitaciones eran únicamente de uso individual. A nosotros nunca nos proporcionaron Tablet, ni celular, pero la comunicación era directamente con la supervisora del vuelo, para estar a la hora exacta en el lobby que nos iban a recoger.”

Finalmente, como pruebas documentales se recaudaron:

- Certificación laboral expedida por Avianca de fecha 24 de mayo de 2018 (archivo 08).
- Cuadro de alojamiento y formas de pago entre 1999 a 2016 (páginas 67, archivo 16).
- Otrosí No. 2 al contrato de alojamiento No. 12336002-01 suscrito con el Hotel Hilton Colon Quito (página 1 a 2).
- Manual de Auxiliares de Vuelo (archivo 22, páginas 1 a 20).
- Planillas de Hospedaje (archivo 24, páginas 1 a 78) en las que se destaca:

FECHA INICIO	FECHA SALIDA	HOTEL	CONTRATO	PAIS
5/07/2012	7/07/2012	SE DESCONOCE	NO	SE DESCONOCE
16/07/2012	17/07/2012	SHERATON BUENOS AIRES	NO	BUENOS AIRES
31/08/2012	1/09/2012	LA GUARDIA AIRPORT	NO	SE DESCONOCE
05/19/2013	05/20/2013	LA GUARDIA AIRPORT	NO	SE DESCONOCE
03/17/2013	3/19/2013	LA GUARDIA AIRPORT	NO	SE DESCONOCE
SE DESCONOCE	SE DESCONOCE	CREW MEMBER SIGN - IN SHEET	NO	SANTIAGO DE CHILE
30/09/2011	1/10/2011	SE DESCONOCE	NO	SE DESCONOCE
22/09/2011	24/09/2011	HILTON DIAGONAL MAR	NO	BARCELONA -ESPAÑA
3/11/2011	5/11/2011	DELFINES HOTEL CASINO	NO	SE DESCONOCE
23/06/2013	24/06/2013	ATTON	NO	SANTIAGO DE CHILE

- Traducción oficial contratos suscrito en fechas 15 de junio de 2014 con CROWN PLAZA HEATHROW, 31 de mayo de 2006, 1º de junio al 31 de mayo de 2009 y 1º de junio de 2009 al 31 de mayo de 2010 West Century Boulevard Los Ángeles, CA 90045, BPG Hotel Partners de EEUU del 18 de agosto de 2018, Avenida el Dorado Bogotá del 17 de julio de 2007, Courtyard by Marriot Hotel New York del 1º de abril de 2008 al 31 de marzo de 2009, 1º de abril de 2012, 27 de mayo de 2015 al 14 de mayo 1º de marzo de 2015, Hotel Intercontinental Rio del 8 de febrero de 2014 al 1º de enero de 2015, Hilton Miami Airport 1º de enero al 31 de diciembre de 2015, 2 de enero de 2016 al 1º de enero de 2017, Suite Caracas Venezuela del 15 de junio de 2014, AmeriSuites Bogotá del 1º de octubre de 2004.
- Certificación emitida por Avianca S.A. de fecha 23 de marzo de 2021, en la que le informa al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, la manera en se deben entender los intervalos de la contratación hotelera, según los contratos aportados a esta demanda.
- Cuadro en Excel de valores hospedaje para los años 2005 a 2015 (archivo 73).

De igual forma, se observa que el soporte de la condena impartida en primera instancia, lo fue el dictamen pericial aportado con la demanda (páginas 1 a 42, archivo 17), sobre el cual se debe advertir que el mismo fue controvertido en su oportunidad por la entidad accionada, en los términos del art. 228 del C.G.P., razón por la cual no es posible que se analice de manera independiente el texto escrito, sino que la valoración de este medio probatorio debe ser cotejado con la declaración rendida por el perito en la diligencia de fecha 07 de julio de 2022 (76Audiencia07deJulio202000253).

Es así como se debe destacar la declaración rendida por el Perito en la audiencia del 07 de julio de 2022, donde exclamó: *“Soy contador público, especializado en ciencias actuariales, cuento con casi 12 años de experiencia técnica y profesional en esta área. De acuerdo al principio del mínimo conocido, donde no hay contrato, imputo el valor del contrato conocido para aplicarlo a los periodos en los que no se tiene conocimiento de este contrato. Por ejemplo, en este caso específico, para los años 2003 a 2007, se sostuvo el mismo valor de contrato conocido, que fue el del año 2002, durante todo ese lapso que no se tuvo conocimiento de ese valor, hasta que se tenga conocimiento de otro contrato. La conversión a pesos colombianos*

se hace con la TRM del día en que ocasiona el viático. Tenemos para esta demandante un total de 724 noches pernoctadas, de las cuales 388 noches corresponden a un valor de contrato conocido y 336 noches corresponden a sostener el último valor de contrato conocido. En Colombia la divisa estándar es el dólar, por tanto, para hacer este cálculo, se transfiere el valor de la moneda local al valor en dólar, y se hace la imputación a pesos colombianos, porque la moneda en divisa estándar en Colombia, es el dólar. No se tuvo en cuenta el IPC, la única variante que se tuvo en cuenta es la TRM, por cuanto la variación del dólar permite hacer la actualización de los dineros de forma directa utilizando la TRM; No se tuvo en cuenta lo pagado por gastos de representación, por cuanto no hace parte de la solicitud del dictamen; no se tuvo en cuenta la CCT por cuanto no era necesaria para realizar los cálculos aritméticos que se realizaron; Nunca ha existido concurrencia simultánea de contratos al momento de efectuar la liquidación, no se tuvo en cuenta los cálculos de la Convención Colectiva, no se observó concurrencia en los hoteles”.

Es decir, conforme a lo anterior se infiere que el perito al momento de realizar el dictamen, no encontró registro de entrada o salida de la señora LUZ RUTH GONZÁLEZ en los hoteles que allí se relacionan, a pesar de lo anterior, fue determinado el valor de los viáticos para un total de 724 noches, basado únicamente en los itinerarios reportados y con base a indicios para determinar las «tarifas».

Puntualmente, este perito concluyó que de los contratos de alojamiento por ciudades el valor de la tarifa por habitación se encuentra descrito en diferentes tipos de divisas los cuales convirtió en pesos colombianos, determinando que la demandante, durante el periodo enero de 2002 a 2012, teniendo en cuenta la fecha y hora de llegada de destino y la fecha de ingreso y hora de salida, le corresponde el reconocimiento y pago como factor salarial de 724 viajes, los cuales en su sentir soportó en los contratos comerciales suscritos con Avianca y cada Hotel.

Aclaró este perito que 336 viajes que se encontraron como pernoctación, no estaban soportados, por lo que procedió a cubrir el déficit, con el valor del contrato conocido anterior al aplicado.

De acuerdo con las anteriores consideraciones es claro que el dictamen pericial se encuentra cimentado sobre presunciones establecidas al arbitrio del perito, pues las pruebas que sirvieron de base para su construcción no dan cuenta que se hubiera hospedado en todos y cada uno de los hoteles indicados en el dictamen, pues puntualmente el perito declaró que presumió 724 días aun cuando no existe prueba de que en efecto la demandante si hubiera pernoctado.

Aunado a lo anterior, no es válido señalar que, para la cuantificación de los derechos pretendidos, basta con solo tomar el valor de la habitación señalada en cada uno de los contratos de alojamiento contrastados con los itinerarios certificados a la actora por parte de la demandada, pues como se ha venido sosteniendo **no existe prueba que permita evidenciar que la actora haya estado hospedada en cada uno de los hoteles relacionados en el dictamen, no pudiéndose entonces fulminar condena por los periodos pretendidos.**

En conclusión, el dictamen pericial aportado al expediente se elaboró con base en indicios (itinerarios de vuelo de la trabajadora y contratos suscritos con hoteles con una vigencia de 5 años) que no permiten certeza del valor de los viáticos por alojamiento que se pudieron causar en favor de la actora.

Igualmente, se destaca, los testigos recepcionados si bien “volaron” con la demandante, no revelaron fechas concretas o poco recordaron de los nombres de los Hoteles donde pernoctaron, siendo un aspecto de vital importancia en este litigio ya que si bien los valores por concepto de alojamiento eran asumidos por AVIANCA de manera directa lo cierto es que la carga de la demandante va dirigida a demostrar la pernocta y de ahí en adelante se estimaran los valores que se encuentren en el plenario, sin que sea viable hacer lucubraciones sobre las fechas y número de días.

De tal modo, que las pretensiones de la demanda no podían ser acogidas dadas las falencias anotadas y que no percibió el juez *a quo*, contrario sensu, se evidencia inactividad probatoria de la parte actora, como quiera que ni siquiera en los hechos de la demanda se indicó en que sitios había pernoctado la actora, por otro lado, se insiste, no se advierte en la prueba testimonial que en efecto se haya especificado por parte de las declarantes **FEDERICO GUILLERMO LONDOÑO** y **JANETH GAMARRA RUEDA**, las circunstancias de la pernocta de la

demandante, pues sólo precisaron situaciones particulares o generales en torno al hospedaje, pero en todo caso sí indicaron la posibilidad de pernoctar en sitios distintos los hoteles dispuestos, previa autorización de Avianca; de modo pues, que faltó la demandante a su deber de probar como lo exigen este tipo de pretensiones, máxime cuando la Sala de Casación Laboral CSJ, en procesos de similares contornos donde la demandada también es Avianca, ha explicado⁶:

«[...] si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento de la demandante, bien cierto es que, para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales, es indispensable que se cuantifique el monto que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora CRUZ ROCA hizo uso de los servicios hoteleros, pero además, es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó, con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse al salario de la promotora del proceso».

Criterio reiterado entre otros en la sentencia CSJ SL2748-2020 y la CSJ SL1753-2018, donde se asentó:

*«[...] teniendo en cuenta que el rubro de «viáticos» comprendía varios conceptos, en la medida que como se demostró los pagos se realizaban de manera global, le correspondía al censor para el éxito de sus pretensiones discriminarlos en debida forma, con el fin de otorgar claridad en lo realmente pretendido, pues el casacionista se limitó a solicitar la revisión de la liquidación definitiva de prestaciones sociales para ver si «se encuentra ajustada a derecho», bajo el argumento que lo pagado era menor a lo que legalmente le correspondía; y por tanto debió haber desplegado una mayor actividad probatoria en las instancias, toda vez que la esfera casacional no es el escenario pertinente para ello, menos aún a través del decreto de un dictamen pericial, para determinar el valor del salario en especie y las diferencias salariales o prestacionales, tal y como insiste el censor, pues como bien lo recalcó el Juzgado desde un comienzo, **el perito es requerido por su experticia para realizar un estudio minucioso sobre determinada materia, con base en el análisis de la información obrante en el expediente respaldada con medios probatorios, pero no para recaudar pruebas o suplir la actividad probatoria de las partes, como equivocadamente lo cree el recurrente**, y en tales condiciones, como bien lo determinaron los jueces de instancia, ante la ausencia de elementos de juicio suficientes a verificar en un dictamen, no resultaba pertinente su decreto y menos en el trámite del recurso de casación.*

*De todo lo dicho, la Sala concluye que, si bien los rubros deprecados tienen naturaleza salarial, lo cierto es que la entidad sí los pagó e incluyó en la base salarial de la liquidación final de las prestaciones sociales del señor Saldarriaga Daza y, frente a las pequeñas diferencias supuestamente adeudadas en los tres meses señalados, que en la demanda inaugural, afirma, fueron aquellos periodos en que el actor estuvo en «incapacidad temporal», sin que se esclareciera esta última circunstancia, el recurrente **se abstuvo de cumplir con la carga probatoria de informar la discriminación de los conceptos comprendidos en el rubro pagado por «viáticos», por cada lapso en específico reclamado**, para obtener a su favor sumas que, en su decir, se le adeudaban, por ende, no es dable, en definitiva, impartir en este*

⁶ CSJ SL, 4 nov. 2009, rad. 35818

asunto alguna condena, por los reajustes salariales, prestacionales y pensionales solicitados por la inclusión del concepto «viáticos». (Lo resaltado es de la Sala).

Conforme con lo anterior, si bien es cierto, no queda duda alguna que los viáticos por alojamiento al ser habituales tienen incidencia salarial en los términos del artículo 130 del C.S.T., aspecto que como fue advertido al inicio de esta providencia no genera discusión entre las partes, lo cierto es que la parte actora no logró la demostración de los viáticos pretendidos, aun cuando estos ni siquiera contaban con un sustento fáctico en el libelo demandatorio, razón por la cual no puede trasladarse la carga de la prueba a la encartada por más que hubiese formulada oposición al petitum de la demanda y desconociera el pago de los viáticos reclamados, circunstancia puntual que requería un esfuerzo probatorio de parte de quien reclama su reliquidación a efectos de demostrar no solo su causación sino su cuantificación.

Se aclara, en este litigio no se desconoce la carga de la prueba que recae sobre la enjuiciada AVIANCA ya que debe conocer los contratos y valores que pactó con las cadenas hoteleras, debiendo la parte actora demostrar y/o acreditar por lo menos, los días efectivos de la pernocta y ello no sucedió, ni puede suponerse. Las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia en punto a la sana critica según el artículo 61 C.P.L., imponen conceptualizar que no necesariamente el pago a las cadenas hoteleras para el alojamiento de la tripulación sea sinónimo de que la demandante pernoctó siempre en el respectivo hotel acorde a los itinerarios de vuelo, probablemente lo hizo o probablemente no, pero ello escapa al supuesto de hecho generador de los viáticos.

Nótese, el *a quo* impartió condena estableciendo unas fechas de pernocta cuando no se encuentran acreditadas en el proceso, es más el propio perito formó su convencimiento con indicios sin que tenga seguridad de las fechas en que la demandante hizo uso del Hotel.

No sobra acotar que este Tribunal en un caso similar expuso su criterio sobre el tema, para el efecto se puede consultar el radicado No. 29 2020 00067 02 instaurado por SONIA PATRICIA PORRAS GUTIÉRREZ contra AVIANCA S.A.

Razones más que suficientes para que la sentencia objeto de censura sea revocada en su integridad, para en su lugar absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, con lo cual, se agota la

competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada y en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, según se consideró en precedencia.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** las demandadas **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. –AVIANCA S.A.- y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LA ENTIDAD
PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. -EPS SANITAS- CONTRA LA
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD
SOCIAL EN SALUD-ADRES (RAD. 16 2015 00559 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

AUTO

En atención a la solicitud impetrada por el apoderado de la demandada ADRES, Doctor Diego Armando González Joya, quien viene actuando desde la primera instancia, relacionada con la falta de jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto, conforme al contenido del literal 1º del escrito denominado “*Alegatos de Conclusión*” (*carpeta 2da instancia, archivo 07*), debe advertirse, en esta litis ya fue dirimido el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá y la Superintendencia Nacional de Salud Delegada mediante proveído del 18 de octubre de 2018 (folios 5 a 18, cuaderno 3) por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el sentido de declarar que el conocimiento del asunto de la referencia le corresponde al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, providencia que se encuentra en firme y no puede en esta etapa desconocerse pese que hoy día ha cambiado la postura y por ende, cuando se presentan conflictos de **jurisdicción o competencia** que versan sobre las pretensiones que aquí ocupa a la Sala, son remitidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no siendo esta la oportunidad en que se aplique dicho lineamiento, pues se reitera, el Consejo Superior de la Judicatura en su momento dirimió el conflicto a través de

una providencia, la que hace tránsito a cosa juzgada siendo deber de los operadores judiciales acatar y dar estricto cumplimiento a la orden impartida.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3748-2020, dispuso para los casos donde ya se ha dirimido un conflicto de jurisdicción, lo siguiente:

“El Tribunal básicamente fundamento su decisión, en que, conforme al principio procesal del juez natural, lo pretendido por el demandante no podía ser objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción laboral, sino que ello le competía a la contenciosa administrativa; así el Consejo Superior de la Judicatura hubiese decidido lo contrario.

Por su parte, la inconformidad de la parte recurrente radica esencialmente, en que el Tribunal infringió directamente la norma que regula la figura jurídica de la cosa juzgada, lo que condujo a la transgresión de las demás preceptivas señaladas en la proposición jurídica, habida cuenta de que el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al dirimir el conflicto de jurisdicciones que se suscitó en el presente asunto, mediante providencia dictada el 14 de julio de 2009, estableció que el competente para conocer lo que aquí se controvierte era el « Juzgado Diecinueve Laboral Piloto para la Oralidad de Medellín »; de manera que el juez de alzada no podía apartarse de lo ya decidido, que fue lo que finalmente terminó efectuando cuando «desestimó las pretensiones de la demanda al considerar que no eran de su competencia sino que debían ser dirimidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa».

Así las cosas, lo que le corresponde a la Sala determinar, es si el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley sustancial que denuncia el recurrente, al esgrimir la falta de jurisdicción como fundamento para confirmar la absolución dispuesta en primera instancia.

Ahora, dada la vía escogida para el ataque, no es objeto de controversia que: i) el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió el conflicto de jurisdicción y determinó que el presente caso debía ser conocido por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social; y ii) el demandante presentó inicialmente su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En ese sentido, debe advertir la Corte, que si bien el criterio que ha mantenido de manera reiterada en casos como el presente, es que la Jurisdicción Ordinaria Laboral no tiene competencia para conocer de los conflictos que se generen con ocasión al reconocimiento de derechos de los empleados públicos (...).

Entonces, no podía pasar por alto el Tribunal, que la providencia del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con independencia de que la compartiera o no, hizo tránsito a cosa juzgada, pues la misma se profirió de conformidad con las atribuciones consagradas en el numeral 6° del artículo 256 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 2 del artículo 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con sujeción a los trámites y recursos legalmente preestablecidos, lo que implicaba entonces que tuviera fuerza imperativa; que debía ser acatada y que no era posible someter lo allí controvertido a un nuevo debate judicial.

Sobre la institución de la cosa juzgada, regulada en el artículo 332 del CPC hoy 303 del CGP, preceptiva que resulta aplicable a los juicios del trabajo, por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, vale la pena traer a colación lo que se dijo en la providencia CSJ
SL 8658 - 2015:

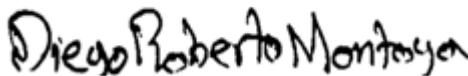
[...]es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias.

En otras palabras «la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa» (SL5472-2014), por lo que el Tribunal no podía tener como fundamento de su decisión, que el « “Juez Natural” » para conocer del presente asunto era el de lo Contencioso Administrativo, ya que ello implica un pleno desconocimiento a una providencia proferida por otra autoridad jurisdiccional en firme que, se insiste, ya había definido tal aspecto.

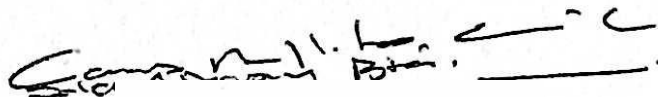
Además de lo anterior, encuentra la Sala, que la actuación del Tribunal constituye una afectación a derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la administración de justicia (art. 229 CN) y el debido proceso (art.29), más aún cuando no es un hecho discutido en el presente caso que el demandante puso en marcha el aparato judicial al instaurar su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que tras la resolución del conflicto de jurisdicciones, la autoridad competente para resolverlo, estimó que su conocimiento debía ser asumido por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social.

Bajo el contexto que antecede, en este especial asunto, considera la Corte que mantener la tesis que sostuvo el Tribunal supone un pleno desconocimiento a la efectividad de los derechos constitucionales antes invocados y la figura jurídica de la cosa juzgada, de manera que el juez colegiado incurrió en la violación que se le endilga.”. (negrilla y subrayado fuera del texto).

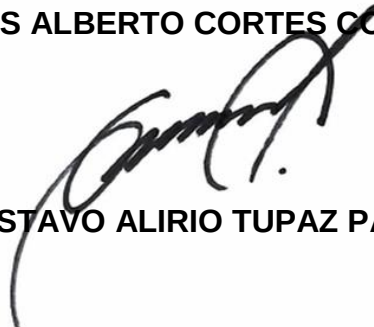
Así las cosas, no se accede a la solicitado por la entidad enjuiciada, siendo procedente continuar con el conocimiento de esta litis en esta jurisdicción.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor del ADRES, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de agosto de 2022 (038AudienciaVirtualFallo), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud **ADRES**, a pagar a la entidad promotora de salud del régimen subsidiado y contributivo **SALUD TOTAL EPS S.A.**, el monto de **\$464.820.558** por concepto de **318** solicitudes de recobros, relacionadas en el archivo 038 anexo fallo de primera instancia del expediente digital que hace parte integral de esta sentencia y que se ordena incorporar en el acta debidamente indexados al momento de su pago acudiendo para a ello a los índices de precios al consumidor, como índice finales de la fecha de esta sentencia y como inicial de la fecha de presentación de demanda, 21 de julio de 2015.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **ADRES** de las demás pretensiones incoadas y que no fueron acogidos en esta parte resolutive.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la por el extremo demandado.

CUARTO: CONDENAR en costas de la instancia a la demandada **ADRES** favor de la parte demandante aplíquese por secretaria la liquidación incluyendo la suma de **\$10.000.000** como valor de las agencias en derecho.”.

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

Inicialmente la apoderada de la parte actora EPS SALUD TOTAL S.A., interpuso recurso de apelación exclusivamente en relación con la absolución que hizo el despacho frente a los intereses moratorios¹. Refirió, el artículo 4º del Decreto 1281

¹ **Recurso demandante (récord 38:29):** “Gracias señor Juez, de la manera más respetuosa procedo a interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en los siguientes términos: Solicito pues al Honorable Tribunal revoque parcialmente la sentencia proferida por este despacho, en lo que niega los intereses moratorios y concede la indexación en ese orden de ideas señores magistrados y si bien el despacho durante todo su fallo hacer un estudio juicioso, exhaustivo de las normas aplicables al caso o llega a una consideración en cuanto a que no existe un término establecido para el reconocimiento y pago de los intereses moratorios o no existe una norma como tal aplicable a lo mismo, contrario a lo aducido por el despacho el Artículo 4 del Decreto 1281 del 2002, establece lo referente al incumplimiento de los plazos o pago o giro de los presupuestos en el sector salud.

Así mismo o bajo la misma línea la Sala de Consulta al Servicio Civil del Consejo de Estado, al estudiar la aplicación de este artículo 4 en el pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en plan obligatorio de salud hoy PBS pues efectuados con posterioridad a los dos meses previstos en la Resolución No. 3099 de 2008, afirmó “por tanto fuerza concluir al tenor del Artículo 4 del Decreto 1281 del 2002, en concordancia con los Artículos 1 y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones NO POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratoria establecida por los tributos administrados por la dirección de impuestos y aduanas nacionales. La actitud de estas normas no permitirá afirmar, a juicio de la sala, que la

del 2002, establece lo referente al incumplimiento de los plazos o pago o giro de los presupuestos en el sector salud, contrario a lo indicado por el *a quo*, bajo esta línea la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, al estudiar la aplicación de este artículo en el pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el plan obligatorio de salud hoy PBS efectuados con posterioridad a los dos meses previstos en la Resolución No. 3099 de 2008, afirmó: “*por tanto fuerza concluir al tenor del Artículo 4 del Decreto 1281 del 2002, en concordancia con los Artículos 1 y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones NO POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratoria establecida por los tributos administrados por la dirección de impuestos y aduanas nacionales. La actitud de estas normas no permitirá afirmar, a juicio de la sala, que la referida tasa de mora este reservada a favor única de las entidades estatales que participan en el sistema o se limitó a las deudas entre las entidades e instituciones privadas con exclusión de las públicas, unas y otras están obligadas a facilitar el flujo de los recursos de la salud y respecto a todas ellas, el interés de mora a la tasa señalada en el artículo 4, deberá cumplir su función de premio de los pagos y giros debidos por los diversos actores del sistema, inclusive, cuando el deudor es el propio Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía*”.

referida tasa de mora este reservada a favor única de las entidades estatales que participan en el sistema o se limitó a las deudas entre las entidades e instituciones privadas con exclusión de las públicas, unas y otras están obligadas a facilitar el flujo de los recursos de la salud y respecto a todas ellas, el interés de mora a la tasa señalada en el artículo 4, deberá cumplir su función de premio de los pagos y giros debidos por los diversos actores del sistema, inclusive, cuando el deudor es el propio Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía”.

Así mismo señores magistrados, tenemos que recordar que lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses con ocasión del pago de recobro de los servicios NO POS hoy PBC, frente a la generación de estos intereses de mora la sala tanto de la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha establecido que debe contar con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y, a partir de dicha data, se cuenta con dos meses para efectuar el respectivo pago, transcurrido esos mismos, se generarán el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele su totalidad en la obligación.

Frente a este punto, señores magistrados debemos traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1970 del 2021, radicado 82075 del 19 de mayo del 2021, que hace un recuento de toda la normatividad y establece que, el reconocimiento y pago deberá efectuarse a partir de los dos meses siguientes a la radicación de las facturas, razón por la cual señores magistrados, pues es importante traer a colación esta sentencia traída por la Corte Suprema de Justicia y la sentencia proferida por el Consejo, que declaró la nulidad frente a la Resolución 1275 del 2011, mediante el cual estableció que es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto hay un incumplimiento total y evidente del Estado al no reconocer y pagar dichos facturas en el momento oportuno.

Razón por la cual de manera breve he expuesto los argumentos al tribunal, solicitando la manera más respetuosa que se revoque dicho numeral y, en consecuencia, se declare a la hoy ADRES a reconocer y pagar los intereses moratorios contados desde los dos meses siguientes a la radicación de las facturas efectuados de conformidad también con todas las bases obrantes dentro del expediente, en ese orden de ideas, señores magistrados, señor juez dejo sustentado y presentado en mi recurso de apelación”.

Agregó, lo pretendido con la presente acción es el pago de los intereses con ocasión del pago de recobro de los servicios NO POS hoy PBC, pues frente a la generación de estos intereses de mora la Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha establecido que debe contar con un término de 6 meses para la presentación de los respectivos recobros y, a partir de dicha data, se cuenta con dos meses para efectuar el respectivo pago, transcurrido esos mismos, se generarán el derecho al pago de los intereses moratorios y hasta tanto se cancele su totalidad en la obligación, mencionando al efecto, la sentencia CSJ SL1970 - 2021, radicado 82075 del 19 de mayo del 2021 y la sentencia proferida por el Consejo de Estado, que declaró la nulidad frente a la Resolución 1275 del 2011, mediante la cual estableció que es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto hay un incumplimiento total y evidente del Estado al no reconocer y pagar dichos facturas en el momento oportuno.

Por su parte, el apoderado de la demandada ADRES, recurrió la decisión argumentando², las solicitudes de recobro deben ser sometidas al trámite de

² **Recurso ADRES, récord 44:19:** “Interpongo recurso teniendo en cuenta la omisión del despacho al no tener en cuenta los argumentos como el apoyo técnico del 15 de febrero de 2021 donde se evidenció el incumplimiento de requisitos en la ley, dando como resultado la aplicación de una glosa, desconociendo los tramites de la presentación del recobro.

En el presente proceso Salud Total en PDF instauró demanda ordinaria laboral en la cual pretendía inicialmente reconocimiento y pago por la prestación de servicios o insumos medicamentos y tratamientos por un valor de 1010796560 que correspondían a 1066 recobros de los cuales a lo largo del proceso desistió la parte demandada de 748 recobros continuando el proceso por 318, ahora bien, esas solicitudes de recobro deben ser sometidas al trámite de auditoría integral con el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para la fecha de prestación de los servicios, quedó demostrado que los recobros objeto de litis desconocen los requisitos previstos para su trámite para su presentación al trámite de auditoría, por lo cual un reconocimiento de aquellos representa un doble pago y en aquellos que fueron glosados un pago indebido con los recursos de la salud.

Igualmente, dentro del apoyo técnico se denota que la fecha de prestación de estos insumos medicamentos no servicios data del 2009 a 2013 y que la fecha de radicación es del 4 de marzo 2011 al 16 de diciembre de 2013 de esta manera la normatividad aplicable para determinar si el servicio es o no pos al caso concreto se encuentra estipulado en la Resolución 5261 de 1994, Acuerdo 089 y 029 2011 al igual que lo referente al trámite especial establecido en las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013, por otro lado, ya en estudio de las solicitudes objeto de litis se puede observar que le fueron impuestas como glosas mayoritarias las siguientes: 101 solicitudes de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto Ley 1281 2000 22 25 cuando el usuario es reportado en el recobro y se registre como fallecido en la base o en aquellas bases de datos que se utilizan para tal efecto para la fecha de prestación del servicio no se anexa el recobro, la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación, 201 lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor, 202 la factura no cumple con el criterio del artículo 617 del Estatuto Tributario, 203 no hay evidencia de la entrega del medicamento No Pos servicio médico o prestación de salud No pos al paciente, 401 existe error en los cálculos de recobro, 102 el medicamento servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o el autorizado por el Comité Técnico Científico según el caso bien entre otras que se pueden evidenciar en el apoyo técnico hoja glosas totales columna H.

Del Análisis que hacen despacho conforme al material tanto no es igual a la procedencia de sus pretensiones ya que como se ha indicado para que se efectúe el pago de los recursos con cargo a los recursos de la entidad estos deben uno haber surtido y cumplido el trámite dispuesto en la normatividad sobre el tema de

no haber sido reconocidos a través de la UPC, con base a lo anterior, se establecen servicios medicamentos e insumos en salud cuyo pago pretende obtener la entidad recobrante ante la jurisdicción no cumpliendo con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para su reconocimiento y pago y por lo tanto no es procedente su pago.

Asimismo las solicitudes de recobro fueron presentadas en debida forma a través de los formatos m701 eso no es óbice para que se obtenga el derecho a que le sean cancelados los recobros en el entendido de que para obtener este derecho tanto la solicitud como los soportes aportados deben superar los estudios de la auditoría integral por parte de la unión temporal basándose en criterios médicos financieros y jurídicos, de igual modo, se debe tener en cuenta que para la verificación del servicio en medicamentos e insumos están incluidos en el Pos o son exclusiones que no pueden ser canceladas con los recursos de la salud no solo se debe tener en cuenta la Resolución 5261 de 1994 sino también las notas emitidas por el Ministerio de Protección Social, como es el caso de la nota interna 1084 80 del 15 abril de 2009 que en un apartado sostiene que el plan obligatorio de servicio de salud Incluye todo insumo médico quirúrgico, dispositivo biomédico necesario para ejecutar adecuadamente las actividades procedimientos e intervenciones descritas en el manual bajo el principio de calidad y su componente de integridad del servicio o prestación.

Ahora bien deteniéndonos a hacer un análisis frente a las glosas antes mencionadas y las cuales sobresalen en el trámite de auditoría frente a los recobros que fueron objeto de la misma y las cuales se mantienen hasta el momento, tenemos que frente a lo referente a la extemporaneidad se radican recobros por prestaciones acaecidas como ya lo habíamos mencionado entre el 2009 y el año 2011 erradicadas entre el 2011 y el 2013 bien De dónde se deriva que la normatividad aplicable corresponde a la Resolución 3099 de 2008 por la cual se reglamentan los comités técnico científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el fondo de solidaridad y garantía fosal por concepto de suministro de medicamentos servicios médicos y prestaciones de salud No incluidas en los planes de obligatorios de salud autorizados por el comité técnico científico y por fallos de tutela y la Resolución 5395 de 2013 por la cual se establece el procedimiento de recobro de solidaridad y garantía fosal y se dictan otras disposiciones, para tal efecto la Resolución 3099 de 2008 contempló el término para presentar las solicitudes de recobro en su artículo 12, término para presentar las solicitudes de recursos las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el fosal por concepto de medicamentos y fallos de tutela de conformidad con los beneficios por parte del proveedor, por su parte, la Resolución 35395 dispuso en el artículo 33 el término para la presentación de las solicitudes de recobro que deberán adelantar las etapas de pre radicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o para el efecto dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento según corresponda de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012. Como se puede observar la normatividad específica aclara que para la época en que se prestan un servicio si se radicarón los recobros en un período de 6 meses dispuesto en el artículo 13 de la Ley 272 de 2012 desde la fecha del suministro efectivo el medicamento servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de los recuadros ordenados por decisiones judiciales como requisito que no está satisfecho impide continuar, por ende, se obtiene un resultado desfavorable en el caso de los recobros en los cuales se prestó el servicio antes del 2013 y en el caso de los que se prestaron posterior a esta fecha se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Resolución 5395 2013, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 el cual establece el término de un año.

Ahora bien, frente a las glosas relacionadas con falencias en el fallo de tutela o el Comité Técnico Científico de acuerdo a la información suministrada por la Dirección de Tecnologías teniendo en cuenta que como glosas del fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios el fallo de tutela no soportó no contiene la información requerida, el fallo de tutela no ordena lo recobrado, el fallo de tutela y/o sus anexos no contienen la información requerida. La Resolución 3099 de 2008 señala requisitos especiales de la solicitud de recobros por medicamento servicios médicos y prestaciones de salud No incluidas en el Pos y/o autorizadas por comité técnico científico las solicitudes de recobro ante el fosal por concepto de medicamento servicios médicos y prestaciones de salud No incluidas por comité técnico científico de enfrentarse a través de la dependencia de correo y radicación del Ministerio de Salud y de la Protección Social de la entidad que se defina para tal efecto a la solicitud diligenciar el formato formulario radicación de solicitudes de recobros y sus anexos deberán acompañarse los siguientes documentos formato de solicitud de recursos por concepto de medicamentos servicios médicos o prestaciones de salud No pos, Acta CTC numeradas consecutivamente por cada paciente el cual se adopta en la presente resolución, elaboración en número del acta con todos los datos de identificación del afiliado o paciente, el diagnóstico descripción en forma desagregada la relación que anuncian medicamento servicio médico prestación de salud la cantidad y el valor facturado para cada afiliado y el certificado del proveedor a que hoy con esto su señoría que definitivamente debe tenerse en cuenta lo que está aquí reglamentado conforme a las aportadas por parte de la entidad de cobrar por cada recobro en los cuales se hayan puesto este tipo de glosa para determinar si efectivamente sí cumplía con estos requisitos o efectivamente no y por ello da lugar a la imposición de la respectiva glosa como se mantuvo como tal en el mar en el apoyo técnico y pues no obra dentro del proceso

auditoría integral con el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para la fecha de prestación de los servicios, quedando demostrado que los recobros objeto de litis desconocen los requisitos previstos para su trámite, por lo cual un reconocimiento de aquellos representa un doble pago y en aquellos que fueron glosados un pago indebido con los recursos de la salud.

Narró, del apoyo técnico se extrae que la fecha de prestación de estos insumos medicamentos data del 2009 a 2013 y que la fecha de radicación es del 4 de marzo 2011 al 16 de diciembre de 2013, de esta manera la normatividad aplicable para determinar si el servicio es o NO POS es la Resolución 5261 de 1994, Acuerdo 089 y 029 2011, Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013, por otro lado, en cuanto al estudio de las solicitudes objeto de litis se puede observar que le fueron impuestas como glosas mayoritarias las siguientes: 101 solicitudes de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2000, 225 cuando el usuario es reportado en el recobro y se registra como fallecido en la base o en aquellas bases de datos que se utilizan para tal efecto para la fecha de prestación del servicio no se anexa el recobro, la

ninguna otra prueba que haya desvirtuado efectivamente estas cosas que son de carácter administrativo en atención a que no cumplen con estos requisitos.

De las inconsistencias de las facturas encontramos en el apoyo técnico se debe tener en cuenta lo enunciado en la Resolución 3099 de 2008 y una Resolución 458 2353 95 2013 de las cosas relacionadas con qué el valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado soportado y conforme a la regulación vigente al momento de reconocer y presentar diferencias de las glosas referente a la existencia de un error en el cálculo, al respecto, en primera medida debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 40 de la Resolución 5395 de 2013, establece que cuando la Comisión Nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos o la entidad competente establece precios máximos de venta de medicamentos y dispositivos médicos en salud No pos el fondo de solidaridad y garantía reconocerá y pagará dicho valor y no el facturado previas las deducciones correspondientes al valor calculado para la o las tecnologías en salud incluidas en el Pos del mismo grupo terapéutico que lo reemplaza.

También podemos pensar que hay otro tipo de glosas que se mantienen que son relacionadas con las bases de datos única de afiliados que es la base que contiene la información de los afiliados plenamente identificados de los distintos regímenes del Sistema de Seguridad Social en salud régimen contributivo, régimen subsidiado, régimen de excepción y especiales y entidades prestadoras de planes voluntarios de salud, así, podemos encontrar que con base a la información contrastada en el trámite de auditoría se encuentra qué en algunos pacientes al momento o algunas personas a las cuales manifiesta la entidad recobrar se le prestó el servicio de salud para la fecha de prestación de servicios acuerdo con la verificación en estas bases de datos se encontraban que estas personas ya están fallecidas, no siendo objeto de análisis por parte del despacho, eentonces en este orden de ideas me permitoo concluir que efectivamente estas glosas que fueron impuestas en el trámite de auditoría gozan totalmente del principio de legalidad en atención a que por la vigencia de las normas soportan su aplicación al igual que su reconocimiento no es procedente y por ese motivos ssolicito que no sea reconocidos como tal los recobros demandados en el presente proceso, negándose la prosperidad de las pretensiones en contra de mi representada junto con la imposición de las demás condenas cómo son en el caso de la indexación y que no sean declaradas las costas procesales”.

factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación, 201 lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor, 202 la factura no cumple con el criterio del artículo 617 del Estatuto Tributario, 203 no hay evidencia de la entrega del medicamento No Pos servicio médico o prestación de salud No pos al paciente, 401 existe error en los cálculos de recobro, 102 el medicamento servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o el autorizado por el Comité Técnico Científico según el caso bien entre otras que se pueden evidenciar en el apoyo técnico hoja glosas totales columna H, se establecen servicios medicamentos e insumos en salud cuyo pago pretende obtener la entidad recobrante ante la jurisdicción no cumpliendo con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para su reconocimiento y pago y por lo tanto no es procedente su pago.

Asimismo, si bien las solicitudes de recobro fueron presentadas en debida forma a través de los formatos M701 eso no es óbice para que se obtenga el derecho a que le sean cancelados los recobros en el entendido de que para obtener este derecho tanto la solicitud como los soportes aportados deben superar los estudios de la auditoría integral por parte de la unión temporal basándose en criterios médicos financieros y jurídicos, de igual modo, se debe tener en cuenta que para la verificación del servicio en medicamentos e insumos están incluidos en el POS o son exclusiones que no pueden ser canceladas con los recursos de la salud no solo se debe tener en cuenta la Resolución 5261 de 1994 sino también las notas emitidas por el Ministerio de Protección Social, como es el caso de la nota interna 1084 del 15 abril de 2009.

Frente a las glosas relacionadas con falencias en el fallo de tutela o el Comité Técnico Científico de acuerdo a la información suministrada por la Dirección de Tecnologías teniendo en cuenta que como glosas del fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios el fallo de tutela no soportó no o contiene la información requerida, el fallo de tutela no ordena lo recobrado, el fallo de tutela y/o sus anexos no contienen la información requerida, la Resolución 3099 de 2008 señala requisitos especiales de la solicitud de recobros por medicamento servicios médicos y prestaciones de salud No incluidas en el Pos y/o autorizadas por Comité Técnico Científico las solicitudes de recobro ante el fosalda por concepto de medicamento servicios médicos y prestaciones de salud No incluidas por comité técnico científico de enfrentarse a través de la dependencia

de correo y radicación del Ministerio de Salud y de la Protección Social de la entidad que se defina para tal efecto a la solicitud diligenciar el formulario radicación de solicitudes de recobros y sus anexos deberán acompañarse de todos los documentos requeridos.

De las inconsistencias de las facturas encontramos en el apoyo técnico se debe tener en cuenta lo enunciado en la Resolución 3099 de 2008 y una Resolución 458 2353 95 2013, artículo 40 de la Resolución 5395 de 2013, establece que cuando la Comisión Nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos o la entidad competente establece precios máximos de venta de medicamentos y dispositivos médicos en salud No Pos el fondo de solidaridad y garantía reconocerá y pagará dicho valor y no el facturado previas las deducciones correspondientes al valor calculado para la o las tecnologías en salud incluidas en el POS del mismo grupo terapéutico que lo reemplaza.

También hay otro tipo de glosas que se mantienen que son relacionadas con las bases de datos única de afiliados que es la base que contiene la información de los afiliados plenamente identificados de los distintos regímenes del Sistema de Seguridad Social en salud régimen contributivo, régimen subsidiado, régimen de excepción y especiales y entidades prestadoras de planes voluntarios de salud, así, podemos encontrar que con base a la información contrastada en el trámite de auditoría se encuentra qué en algunos pacientes al momento o algunas personas a las cuales manifiesta la entidad recobrar se le prestó el servicio de salud para la fecha de prestación de servicios acuerdo con la verificación en estas bases de datos se encontraban que estas personas ya están fallecidas, no siendo objeto de análisis por parte del a quo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del extremo demandante, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 23 a 24 del archivo 01, expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 22 a 23, solicitando, se declare la existencia de una obligación a pagar por parte del extremo demandado en la suma de

\$1.010.796.561 por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud o no costeados por las Unidades de Pago por Capitalización –UPC, servicios efectivamente cubiertos por la EPS SALUD TOTAL EPS en favor de afiliados y beneficiarios, correspondientes a 1.066 solicitudes de recobro. Igualmente, solicita el pago de \$101.079.656 por gastos administrativos, equivalente al 10% del valor del recobro total, intereses moratorios a la tasa máxima, pago de costas y agencias en derecho.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, pues se condenó al pago de \$464.820.558, debidamente indexados por concepto de 318 recobros, que fueron autorizados por el comité técnico científico y/o fallo de tutela y no estaban incluidos dentro del POS, por considerar que las facturas si cumplen los requisitos formales establecidos en las normas aplicables. Frente a los demás recobros mencionados en la demanda, resaltó el juzgador, la EPS demandante presentó desistimiento que fue aceptado por el juzgado. **Lo anterior tras considerar el a quo**, si bien el estudio se contraía inicialmente al reclamo de 1.066 recobros, la accionada desistió 748 recobros y sus intereses, por lo que contrajo el análisis a 318 recobros que aparecen en la base depurada aportada por la demandante, siendo procedentes en la medida que ninguno de los servicios médicos estaban taxativamente incluidos en el POS para la fecha de prestación del servicio al no estar relacionado en los listados de limitaciones, por lo que no podían ser autorizados con cargo a la UPC y debían ser aprobados por el Comité Técnico Científico, igualmente, al consultar el CUPS³, constató, no existe un código que permita incluir los servicios o no existe un sustituto similar que reemplace el medicamento o servicios reclamados no pudiendo ser cubierto con cargo a la UPC sino debe ser reconocido con el respectivo recobro. Evidenció que las 318 solicitudes son las que subsisten luego de los desistimientos aprobados en el proceso, mismas que acreditan los trámites previstos en la normatividad considerando que son infundadas las glosas impuestas por la demandada ADRES ya que cada recobro tiene el soporte – imagen- así como el Acta del Comité Técnico Científico y la entrega de cada servicio. Frente a la excepción de prescripción, informó, en el año 2013 se presentaron las solicitudes y la demanda el 21 de julio de 2015, dándose cumplimiento a los 3 años previstos en el art 151 del C.P.L., no accediendo a los 2 años anhelados por la demandada y en lo que se refiere a los intereses

³ Códigos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud - CUPS -.

moratorios reclamados, refirió, no hay norma que contemple este concepto además, siendo la materia de estudio sometida a debate no es procedente la imposición ya que la procedencia de las pretensiones depende de la aplicación de criterios normativos. Por último, negó los gastos administrativos reclamados, argumentando, no existe sustento jurídico que acredite la ocurrencia de los mismos.

Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se conoce además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de ADRES, abordara la Sala el estudio de los puntos objeto de apelación atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.) como también de las condenas impuestas a la ADRES.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si las 18 causales de glosa establecidas para los 318 recobros reclamados se encuentran debidamente fundadas o no, a efectos de establecer la procedencia del respectivo pago; de ser afirmativo, verificar si están afectados o no, por el fenómeno de la prescripción y si hay lugar al pago de intereses moratorios.

En el presente caso, se tiene que la parte actora persistió en el pago de 318 facturas, correspondientes a servicios prestados que no se encontraban incluidos en el POS vigente para la época, o fueron suministrados en cumplimiento de una orden de tutela o Acta del Comité Técnico Científico, los cuales se encuentran debidamente relacionados con códigos CUPS⁴ en el reporte suministrado por la parte actora en medio magnético, archivo 03, donde en las bases de información allí contenidas, se registran los datos de fecha de prestación del servicio, fecha de radicación MTY 01-02, numero de factura, consecutivo de radicación interna del recobro y causal de glosa entre otros, advirtiendo, de dicha información se pudo constatar, que los servicios objeto de recobros, fueron suministrados en el lapso comprendido entre el 2009 al 2013, esto es en la vigencia del Acuerdo 08 de 2009 como del Acuerdo 029 de 2011, mediante los cuales se actualizaron los planes obligatorios de salud.

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

De igual forma se evidenció que los 318 recobros reclamados fueron glosados bajo las causales 102, 104, 105, 106, 109, 201, 202, 203, 206, 211, 219, 225, 301, 307, 311, 503, 504 y 507.

En punto a los **recobros por Servicios NO POS**, ha de precisarse el recobro en salud consiste en la solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS).

En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece:

“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

En cuanto a la fuente de financiación, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 224 de 2020 señaló que los servicios o tecnologías que sean necesarios reconocer a un paciente no pueden convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los

servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. (hoy P.B.S), constituye una serie de parámetros o premisas que deben atender las E.P.S. de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, debe someterse a la normatividad vigente para la fecha de prestación de los servicios, siendo estos, los años 2009 a 2013.

Así mismo, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las E.P.S. para atender a sus afiliados según los parámetros del P.O.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - A.D.R.E.S.- como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3047 de 2008, *“Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007”*.

De acuerdo con lo dispuesto en la citada resolución, es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el P.B.S., en dos eventos: cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

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

productos, servicios o procedimiento prestados por la demandante estaban o no cubiertos por el plan en la fecha en que se prestó el servicio.

Con esa finalidad, esta Corporación a fin de verificar la procedencia de las glosas de cada una de las facturas, objeto de recobro procede al analisis de cada imagen aportada en la carpeta del archivo 03 del expediente digital, concluyendo frente a cada glosa impuesta por la ADRES:

Glosa 102: “El medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso”.

Frente a los recobros por Servicios NO POS, nos debemos remitir a la Resolución 3099 de 2008 *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela”*, en la que se señala que es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el ahora P.B.S., en dos eventos: **cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.**

En esta dirección, se tiene que la EPS elevó sendas cuentas de cobro al Ministerio de Salud y Protección Social hoy representando por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, solicitando el recobro de diferentes servicios; los cuales no se encuentran acreditados en el plenario, ya que, brilla por su ausencia el documento que ordene la entrega del servicio o suministro del medicamento que aquí se pretende sea pagado por la ADRES, encontrando esta Corporación que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que impone el artículo 167 del C.G.P. ya que se limitó en esta demanda a reclamar el valor servicio pero no justificó el servicio con la debida copia del acta CTC o fallo de tutela al tratarse de servicios NO POS.

En síntesis, se echó de menos el soporte (fallo de tutela – Acta CTC) de 8 imágenes por un valor total de **\$1.432.375** que impide fulminar condena ya que no es posible verificar la justificación del suministro del servicio, siendo como ya se dijo, un deber de esta Sala corroborar dicha situación de manera adecuada y cuidadosa, mucho más, cuando se trata de recursos que integran el Sistema de Salud, los cuales corresponden a: 57355825, 54541201, 55229884, 56176348, 54263535, 54217030
53666147 y 25574121.

En cuanto a los recobros que sí contienen el fallo de tutela o el Acta del Comité Técnico-Científico, se aportaron los siguientes, procediendo su pago frente a 58 imágenes por valor de **\$18.059.089**:

No. Radicado_Fosyga	Vlr_Glosa Demandar	Id glosa (1)
25919306	\$ 884.130	102
25950097	\$ 884.130	102
25633536	\$ 171.852	102
26258641	\$ 143.840	102
25496275	\$ 220.000	102
25496271	\$ 240.000	102
25483357	\$ 240.000	102
25955137	\$ 320.000	102
25594926	\$ 34.092	102
25625264	\$ 311.584	102
25547907	\$ 306.379	102
26258289	\$ 37.500	102
25547885	\$ 295.382	102
26037680	\$ 50.400	102
25485003	\$ 270.000	102
25488416	\$ 1.062.360	102
25497213	\$ 400.000	102
25487455	\$ 480.000	102
25497330	\$ 340.000	102
25758698	\$ 359.000	102
25486067	\$ 480.000	102
25573936	\$ 96.120	102
95230296	\$ 29.000	102
95265564	\$ 38.003	102
25651296	\$ 264.087	102
25496291	\$ 320.000	102
25487750	\$ 450.000	102
25609156	\$ 256.620	102
95252652	\$ 30.660	102
25547918	\$ 334.508	102

95224374	\$ 219.384	102
25564225	\$ 278.000	102
25485006	\$ 400.000	102
25574576	\$ 306.379	102
25487463	\$ 540.000	102
25496274	\$ 360.000	102
25496292	\$ 240.000	102
25701615	\$ 74.432	102
25581693	\$ 225.904	102
25594629	\$ 225.904	102
25609179	\$ 311.584	102
25609308	\$ 311.584	102
25623106	\$ 379.260	102
25487413	\$ 311.980	102
25486070	\$ 300.000	102
25574595	\$ 200.000	102
25485017	\$ 240.000	102
25547880	\$ 275.000	102
25497230	\$ 360.000	102
25485024	\$ 770.000	102
25574601	\$ 326.560	102
25681452	\$ 360.000	102
25474781	\$ 247.296	102
25594870	\$ 270.000	102
25472300	\$ 264.240	102
25506160	\$ 450.000	102
25594916	\$ 197.848	102
25564546	\$ 264.087	102

Glosa 104: “No se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelacion”.

Con relación a esta glosa, luego de revisar las imágenes aportadas al expediente digital (archivo 03), no se encontraron soportes frente a los recobros Nros. 54542947, 54542948, 54542951, 54542953, 54542955, 54542942 y 54542932 por valor de **\$560.964** (7 recobros), siendo improcedente el pago ordenado en primer grado.

Respecto a los 27 recobros generados con esta glosa, se encuentra procedente la condena al haberse aportado la factura que discrimina el precio de cada servicio suministrado por un valor total de **\$8.031.003**, correspondiendo a los siguientes:

No. Radicado_Fosyga	Vlr_Glosa Demandar	Id glosa
55365306	\$ 79.960	104
54541033	\$ 54.800	104

54542940	\$ 16.800	104
55048500	\$ 423.860	104
95227005	\$ 70.262	104
95228297	\$ 93.912	104
95196009	\$ 157.772	104
95194382	\$ 160.000	104
95252090	\$ 198.306	104
95039090	\$ 95.010	104
54542937	\$ 37.230	104
95066855	\$ 940.576	104
95038635	\$ 167.000	104
95038653	\$ 189.815	104
95054314	\$ 1.152.358	104
54541048	\$ 50.000	104
54542958	\$ 68.665	104
56202592	\$ 12.310	104
53753998	\$ 78.819	104
53697801	\$ 1.029.682	104
53676231	\$ 204.306	104
54131463	\$ 2.256.939	104
53754085	\$ 76.140	104
57283864	\$ 153.400	104
95067549	\$ 31.836	104
95038637	\$ 189.815	104
56600815	\$ 41.430	104

Glosa 105 y 106: “No se adjunta copia del fallo o fallos de tutela”.

Revisadas las imágenes respectivas, se encuentra que 10 recobros son procedentes por cuanto si se allegó el soporte del servicio suministrado, sea fallo de tutela o Acta CTC, procediendo el pago de los radicados Nos. 26245076, 26167755, 26255096, 25503691, 25594847, 25573907, 25880479, 25574594, 95039061 y 95022612 por valor de **\$3.610.657**.

Los recobros Nos. 55151543, 95038102 y 54263482 por valor de \$1.115.515 no contienen el acta CTC o fallo de tutela, no procediendo su pago.

Glosa 109: “Cuando las prestaciones objeto del recobro sean consecuencia de un accidente de tránsito”.

El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó que, en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas y en catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios médico-

quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial.

Para el caso de los accidentes de tránsito, se previó que el cubrimiento de los servicios médicos quirúrgicos y demás prestaciones quedan a cargo de las aseguradoras del seguro obligatorio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito. En relación con los demás eventos catastróficos, los costos serían asumidos con cargo a esta subcuenta del FOSYGA, que desde ya debe entenderse que con la expedición de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1429 de 2016, está referida la Administradora de los Recursos Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, quien es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del sistema, y que en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la última normatividad, debe entenderse que se refiere a ella:

“Artículo 31. Referencias normativas. A partir de la fecha en la cual la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), asuma la administración de los recursos del sistema, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá a nombre de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario remitirse al artículo 2º del Decreto 3990 de 2007 (norma vigente para la época de los siniestros), que establece:

“ARTÍCULO 2o. BENEFICIOS. Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito ocurridos dentro del territorio nacional, tendrán derecho a los servicios y prestaciones establecidos en el artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo adicionen o modifiquen, bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT, respecto de los daños causados por el vehículo automotor asegurado y descrito en la carátula de la póliza, o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga, para las víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados; también con cargo a la subcuenta ECAT contarán con dicho derecho las víctimas de eventos terroristas y catastróficos, así:

1. Servicios médico-quirúrgicos. En el caso de accidentes de tránsito la compañía de seguros y la subcuenta ECAT de Fosyga, en los casos de vehículos no asegurados o no identificados, reconocerán una indemnización máxima de quinientos (500) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del accidente. En caso de víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, una vez agotado el límite de cobertura anterior, la subcuenta ECAT del Fosyga asumirá, por una sola vez, una reclamación adicional, previa acreditación del agotamiento de la cobertura inicial, por los excedentes de los gastos anotados, hasta por un valor máximo equivalente a trescientos (300) salarios

mínimos diarios legales vigentes en el momento del accidente, previa presentación de la correspondiente reclamación.

Tratándose de víctimas de eventos terroristas o catástrofes naturales, el valor de la indemnización será hasta por ochocientos (800) salarios mínimos legales diarios vigentes en el momento de la ocurrencia del evento. Sin embargo, la entidad administradora del Fosyga está en la obligación de contratar un seguro para garantizar una cobertura superior a la anotada en el inciso anterior a las víctimas que requieran asistencia por encima de dicho tope, o constituir una reserva especial para cubrir estas eventualidades.

Tales servicios comprenden:

- a) Atención inicial de urgencias y atención de urgencias;*
- b) Hospitalización;*
- c) Suministro de material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis;*
- d) Suministro de medicamentos;*
- e) Tratamientos y procedimientos quirúrgicos;*
- f) Servicios de diagnóstico;*
- g) Rehabilitación, por una duración máxima de seis (6) meses, salvo lo previsto en el presente decreto respecto del suministro de prótesis.*

Las cuentas de atención de los servicios médico-quirúrgicos en el caso de los accidentes de tránsito, que excedan el tope adicional de trescientos (300) salarios mínimos diarios vigentes, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo o del régimen subsidiado en los términos de su respectivo plan de beneficios a la cual está afiliada la persona o por las Administradoras de Riesgos Profesionales cuando se trate de accidentes de tránsito, calificados como accidentes de trabajo (...)."

Así mismo, el artículo 3° establece en relación con los servicios médico - quirúrgicos en los eventos catastróficos, actos terroristas, y accidente de tránsito no cubiertos por una aseguradora, que es legitimado para reclamar la Institución Prestadora de Servicios de Salud- IPS, que prestó tales servicios, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4° ibidem determina que, las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a las prestaciones amparadas, deberán acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, para lo cual podrán utilizar cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, siempre que sean conducentes, pertinentes e idóneos para demostrar efectivamente los hechos a los que se refiere; dicha reclamación estará conformada por los formularios adoptados

por el Ministerio de la Protección Social, acompañados de los documentos correspondientes a cada cobertura, según el caso, y que para los servicios médicos quirúrgicos son los siguientes:

“a) Original del certificado de atención médica de acuerdo con el formato que para el afecto adopte el Ministerio de la Protección Social, que debe incluir cuando menos los nombres y documento de identificación tanto de la víctima como del médico tratante, fecha de nacimiento de la víctima, fecha y hora de atención, y descripción de los hallazgos clínicos por medio de los cuales el médico que atendió la urgencia dedujo que la causa de los daños sufridos por la persona fue un accidente de tránsito, un evento catastrófico o terrorista. Esta última constancia deberá siempre estar suscrita por el médico tratante y, para los accidentes de tránsito, se acompañará de certificación expedida por la autoridad de tránsito o policía competente o en su defecto fotocopia del croquis del accidente, expedida por la autoridad de tránsito o la correspondiente denuncia de la ocurrencia del evento ante las autoridades competentes;

b) Copia original de la denuncia penal de ocurrencia del accidente de tránsito presentada por cualquier persona ante autoridad competente, cuando el hecho haya sido ocasionado voluntariamente o por manipulación criminal y sea posible la identificación del responsable;

c) Original de la factura emitida por la IPS en la que consten los servicios prestados, en la cual obren discriminados los conceptos cobrados y la tarifa correspondiente de conformidad con la prevista en el Decreto 2423 de 1996 o normas que lo sustituyan o modifiquen, la factura incluirá aquellos servicios prestados por otra IPS, en virtud de la utilización de los esquemas de referencia y contrarreferencia, los cuales se soportarán con la constancia de pago de los mismos por parte de la IPS que está facturando a la aseguradora o a la subcuenta ECAT de Fosyga.

Tratándose de la cobertura adicional por cuenta de la Subcuenta ECAT de Fosyga, para víctimas politraumatizadas o que requieran servicios de rehabilitación, la factura será fotocopia auténtica y se acompañará de certificación sobre el agotamiento de la cobertura del SOAT.

Las reclamaciones presentadas por la IPS a la Subcuenta ECAT del Fosyga, cuyo monto respecto de cada víctima resulte inferior a un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente, se tramitarán de manera conjunta, por períodos mensuales, en el formato que se adopte para el efecto”.

Lo anterior se encuentra acreditado en las imágenes 26139143, 26258360 y 26152461 por valor de **\$504.971**.

Glosa 201: “Lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor”.

Con el fin de verificar el concepto del valor recobrado, echa de menos la Sala las imágenes de los recobros Nos. 55003688, 95038093 y 54542419 por valor de **\$291.783**, no siendo procedente confirmar su pago.

Las demas imágenes radicadas bajo esta causal tienen el soporte como lo es la factura de venta que corresponde al servicio recobrado ante la demandada, siendo viable el pago de los recobros Nos. 55202586, 53793599, 57059174, 57467971, 95053632, 25476708, 56626091, 54152476, 57560989, 57466644, 56762031, 95037994, 95037993, 25643634 y 95038636 por valor de **\$41.140.478** (15 recobros).

Glosa 2-02: “La factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario y gozan de presunción de legalidad”.

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

“Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

(...)

c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado”.

En este punto, la Sala encuentra que contrario a lo afirmado por el *a quo*, la Resolución No. 5395 de 2013 del 24 de diciembre de 2013, no resulta aplicable al presente caso, en tanto no estaba vigente para la fecha en que se prestaron los servicios (21 de abril de 2009 al 23 de octubre de 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos de incorporación de la razón social del adquirente en las facturas glosadas, encontrando que 6 recobros no tienen la imagen respectiva, siendo éstos:

No. Radicado_Fosyga	Vlr_Glosa Demandar	Id glosa	Revisión Tribunal Superior
56829467	\$ 151.704	202	NO IMAGEN
56969854	\$ 30.960	202	NO IMAGEN
54733342	\$ 9.398.732	202	NO IMAGEN
56977299	\$ 84.250	202	NO IMAGEN
54740704	\$ 7.797.700	202	NO IMAGEN
54693301	\$ 302.400	202	NO IMAGEN
	\$ 17.765.746,00		

Por tanto, se ordenará la exclusión del pago al no haberse aportado prueba alguna en virtud de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.

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

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

“... El artículo 476 [3] del Estatuto Tributario excluyó del IVA los servicios vinculados con la Seguridad Social conforme a la Ley 100. En Sentencia C-341 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993”, de la norma en mención y precisó que las exclusiones del pago del IVA a las que se refieren los numerales 3 y 8 del artículo 476 del Estatuto Tributario “son de carácter objetivo, es decir, toman en consideración la naturaleza del servicio prestado y no la persona o entidad que lo realiza. En otras palabras, el legislador simplemente estructuró una exclusión a un gravamen remitiendo a unos servicios que aparecen consignados en la Ley 100 de 1993 [...]”.

De la misma providencia se concluye que los servicios vinculados con la Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, son los que “[...] guardan una relación directa y estrecha con el manejo de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna...”.

En reiteradas oportunidades este Despacho se ha referido al tema consultado, una de ellas, en el Oficio 004557 de 18 de febrero de 2015, el que por constituir doctrina vigente en la materia se transcribe a continuación:

“... es pertinente examinar los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales emitidos al respecto:

En Sentencia C-1040 de 2003, la Corte Constitucional, M. P. doctora Clara Inés Vargas Hernández, indicó:

(...)

*“7. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 48 Superior, todos los recursos de la seguridad social deben estar afectos a los objetivos de este servicio público, por tratarse de recursos parafiscales, en la configuración legal de la Unidad de Pago por Capitación **se encuentran incorporados en un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantizan la prestación del servicio público de la salud.** (...).*

*8. Existe, entonces, un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte de las Empresas Promotoras de Salud y las ARS. En otras palabras, **la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC no constituye una renta propia de las EPS:***

*9. Ahora bien, como la UPC tiene carácter parafiscal, la consecuencia lógica es que **todos los recursos que la integran, tanto administrativos como los destinados a la prestación del servicio, no puedan ser objeto de ningún gravamen,** pues de serlo se estaría contrariando la prohibición contenida en el artículo 48 Superior de destinar y utilizar los recursos de la seguridad social para fines distintos a ella, ya que los impuestos entran a las arcas públicas para financiar necesidades de carácter general.*

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

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

(...) Subrayado y Negrilla Fuera del Texto

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

(...)

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

(...) es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y puedan ser realizados los actos médicos, entonces es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una

parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior”. (...) (Subrayado y Negrilla Fuera del Texto).

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

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

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

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

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

Número. Recobro	No. Radicado_Fosyga	Vlr_Glosa Demandar
286066	56765311	\$ 53.518
288016	57058320	\$ 361.540
274175	55581784	\$ 324.000
277495	55886028	\$ 26.380.275
275051	55697448	\$ 139.032
263551	54472205	\$ 49.107
279539	56184735	\$ 125.610

*EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES*

95821	95022623	\$	24.414
266740	95067467	\$	10.597.497
266740	95067460	\$	11.500.019
266740	95067461	\$	10.950.880
220838	95037974	\$	2.925.000
276062	95224354	\$	841.512
275738	95188766	\$	82.700
283682	56634237	\$	6.356.867
276062	95224337	\$	962.732
282512	56505092	\$	107.500
268537	55046860	\$	5.250.000
98767	95053226	\$	3.097.042
214018	95022529	\$	4.250.000
283592	56626430	\$	125.880
282459	56497019	\$	22.900
283431	56610604	\$	84.250
283431	56610602	\$	98.750
266528	95039107	\$	7.309.670
264706	54599978	\$	4.500.000
283338	56604509	\$	106.725
281401	56320589	\$	205.980
281401	56320592	\$	249.280
282512	56505093	\$	108.000
283544	56622567	\$	275.996
292055	57292044	\$	172.500
263295	54443385	\$	876.003
261289	54195235	\$	5.856.867
287953	57053399	\$	33.700
273051	25891090	\$	25.000.000
273756	55515172	\$	25.000.000
268901	55088184	\$	3.947.153
281933	56415201	\$	18.087.314
267066	54820706	\$	4.447.503
282408	56489817	\$	142.430
282568	56514352	\$	69.800
282408	56489819	\$	33.800
282568	56514349	\$	69.800
282528	56508139	\$	125.825
281401	56320587	\$	249.280
282442	56495048	\$	71.000
282762	56535290	\$	10.046.867
282427	56491951	\$	92.504
260346	54077171	\$	5.394.252
257049	53692488	\$	325.395
261314	54196510	\$	15.311.428
258943	53942923	\$	4.000.577
266740	95067465	\$	10.597.496
282568	56514351	\$	121.280
282568	56514347	\$	106.780
282427	56491950	\$	115.080
282438	56494652	\$	118.400

*EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES*

282438	56494648	\$	115.800
294088	57541207	\$	179.532
282465	56497470	\$	142.280
282860	56542185	\$	33.800
282457	56496770	\$	54.440
282422	56491650	\$	106.725
282422	56491649	\$	106.725
282422	56491648	\$	121.225
282422	56491647	\$	121.225
282532	56508273	\$	159.225
282532	56508274	\$	160.000
282532	56508275	\$	160.000
275749	95190543	\$	359.900
282532	56508276	\$	140.825
282422	56491637	\$	67.129
282564	56514063	\$	163.380
282860	56542177	\$	122.000
282860	56542178	\$	121.225
282536	56508376	\$	159.225
1378129	95067530	\$	5.500.000
1373435	95022531	\$	20.860
266747	95068372	\$	3.560.900
282509	56504249	\$	140.880
282509	56504255	\$	140.825
282509	56504260	\$	140.825
282509	56504276	\$	159.225
266402	95023035	\$	33.863.248
282442	56495049	\$	137.000
282560	56513922	\$	140.880
282560	56513918	\$	140.880
282486	56500781	\$	140.825
282560	56513906	\$	85.080
282442	56495026	\$	73.925
283276	56595267	\$	144.630
277493	55886021	\$	22.341.115
282509	56504256	\$	140.825
283625	56629338	\$	121.225
1583601	56595239	\$	126.590
282560	56513933	\$	85.080
282509	56504282	\$	131.525
283276	56595275	\$	107.500
282442	56495036	\$	70.225
282512	56505094	\$	108.000
283397	56607818	\$	71.829
283276	56595274	\$	107.280
282512	56505118	\$	107.500
258665	53916550	\$	12.198.200
265269	54693301	\$	302.400

Glosa 203: “No obra soporte de entrega del medicamento”.

Revisadas las imágenes, se evidencia que 3 recobros no fueron aportados, siendo estos, 56807533, 54742554 y 54770780 por un valor total de **\$1.912.953**, no siendo viable confirmar la condena ya que la parte actora no acreditó su causación en virtud de la carga probatoria del artículo 167 del C.G.P.

Con relación a los demás recobros, debe advertirse que las imágenes aportadas si tienen el soporte de entrega del medicamento, contrario a lo afirmado por la ADRES, procediendo el pago de los siguientes Nos. 56764045, 53789216, 54080215, 57047403, 54195543, 57226189, 53754064, 54204367, 56500838, 56413118, 53697998, 53735489, 53735488, 53951217, 53951233, 57568392, 57550367, 53789221, 53919122, 53692478 y 54196571 (21 recobros) por valor de **\$21.103.106**.

Glosa 206: “El Acta del Comité Técnico Científico no contiene la justificación médica”.

Observando la causal invocada por la demandada, es preciso la remisión al contenido de la Resolución No. 3099 de 2008 que prevé:

“Artículo 4º. El Comité Técnico-Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS.

2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación al o los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.

3. Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y negados.”. (Negrilla de la Sala).

De tal forma, en atención a las funciones propias del Comité Técnico Científico y contrastándolas con el contenido del recobro Nro. **56761776** por valor de **\$146.290**, se concluye que el acta del CTC sí contiene la necesidad de suministrar el medicamento denominado “KEPPRA SOLUCIÓN ORAL”.

Glosa 211 y 219: “En el contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o prestación de

salud es anterior a la fecha de realización del Comité” y “El recobro no indica el código del medicamento”.

Revisados los 4 recobros por este concepto, encuentra la Sala que no le asiste razón a la entidad demandada ya que las fechas de prestación de cada servicio es posterior al Acta del CTC y no antes como lo arguye infundadamente para justificar el impago, siendo entonces procedente los recobros Nos. 57570469, 54194437, 57283507 y 53752786 por valor de **\$11.452.685** (4 recobros).

Asimismo, el recobro identificado con el No. 25546856 por valor de **\$205.320** contiene el Acta del CTC la cual contiene los parámetros vigentes en la fecha por la Resolución 3099 de 2008, especificando el medicamento, no siendo además una causal de devolución o rechazo, procediendo el pago.

Glosa 225: “Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio”.

Frente a esta glosa, debe advertirse, la Sala procedió a verificar la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA⁵, evidenciando que en efecto los radicados Nos. 54263421, 56415209, 54344429 y 54472204 por valor de \$387.192 en efecto reportan que el usuario falleció antes de la fecha de prestación del servicio, no siendo de recibo que la EPS reclame el pago cuando no se suministró el servicio o medicamento.

Contrario a ello, los servicios o medicamentos suministrados con radicados 55248560, 56507607, 54740823, 54541493, 54585120, 53636403, 53754417 por valor de **\$2.578.678** si proceden en la medida que los usuarios no fallecieron antes de brindar el servicio, según se reporta en el BDUA.

Glosa 301: “BDUA nombre: el nombre del usuario reportado en el recobro aparece en la base de datos única de afiliados BUDA reportado con un nombre diferente al del recobro”.

⁵ Es la base que contiene la información de los afiliados plenamente identificados, de los distintos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Régimen Contributivo, Régimen Subsidiado, Regímenes de Excepción y Especiales y entidades prestadoras de Planes Voluntarios de Salud). Esta se rige bajo el marco normativo establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 4622 de 2016, por la cual se establece el reporte de los datos de afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

Revisados los afiliados que registran en la base de datos aportada, encuentra esta Sala que los 3 recobros si coinciden en la base de datos BDUA como afiliados, no asistiéndole razón a la entidad demandada y siendo viable el pago de los Nos. 95037460, 95037192 y 95037727 por valor de **\$197.820** (3 recobros).

Glosa 307: “En el acta falta una o más firmas de los miembros del CTC”.

Una vez revisada el acta del CTC aportada en la imagen No. 53754011 por valor de **\$75.420** se constata que el documento si tiene las 3 firmas, no asistiéndole razón a la enjuiciada, procediendo este recobro.

Glosa 311: “El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA para el periodo de la prestación del servicio”.

Revisada la base de datos BDUA se logra extraer que los recobros Nos. 26257833 95066857 y 25651302 contienen datos de afiliados que no registran en dicho sistema, no siendo viable el pago deprecado por valor de \$15.181.184 ya que, tal como lo argumentó la ADRES luego del apoyo técnico realizado, los mismos no figuran como afiliados.

Por otra parte, en cuanto a los Nos. 55886063, 55042476, 54205670 y 53973206 por valor de **\$2.399.284** se evidencia que, para la fecha de prestación del servicio, según base de datos aportada, el usuario si estaba afiliado, por lo que se confirmará la condena fulminada en primera instancia.

Glosa 503: “El servicio recobrado no corresponde a lo solicitado”.

Revisado el recobro No. 53915059 por valor de \$369.375, se logra constatar que el servicio de “TAX TORAX” corresponde al valor de la factura aportada, no asistiéndole razón a la ADRES y, por tanto, procede el recobro.

Glosa 504: “Del formato de solicitud de recobro por concepto de fallos de tutela (Formato MYT02) cualquiera de los datos en los contenidos (CAMPO IV) (TIP ITEM)”.

El recobro No. 25477228 por valor de **\$209.250** procede toda vez que el formulario se radicó ante el Ministerio de la Protección Social hoy ADRES, sin que se eche de menos el formato aludido por la demandada, por lo que se confirmará el pago, pues se insiste, la imagen se aportó con los soportes requeridos.

Glosa 507: “Cuando la información contenida en los físicos del recobro no se ajusta a la información consignada en el medio magnético, cualquiera de los datos contenidos.”.

Finalmente, de cara a esta glosa, debe advertirse, esta Corporación se remite al contenido de las imágenes del archivo 03 del expediente digital, corroborando que los radicados 95265426, 53753456, 53753451, 53754086 y 53754059 no tiene imagen o soporte de fallo de tutela o acta CTC, no pudiéndose fulminar condena al no estar acreditado la causación del servicio y, por tanto, procede la glosa impuesta por la ADRES.

Contrario a lo anterior, encuentra la Sala que los radicados Nos. 95224485, 53754077, 53754048, 53752983, 53638594, 53698553, 53698420, 53697710, 53753485, 53753487 y 53698178 por valor de **\$5.037.392** (11 recobros) resultan procedentes dado que los fallos de tutela o acta CTC se ajusta con el contenido digital de cada recobro efectuado.

En otro giro, respecto a la absolución de los **intereses moratorios** y punto de apelación de la **EPS SALUD TOTAL S.A.**, es menester recordar lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, que señala:

“Artículo 7º. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.” (Resaltado por la Sala)

Igualmente, la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1970-2021, Radicación No. 82075, del 19 de mayo de 2021, señaló:

“De lo expuesto se concluye que no acierta la censura cuando en su disertación alega la improcedencia de los intereses moratorios, por no haberse establecido un plazo para el pago de los recobros y menos si los mismos no eran cancelados, cuando los que aquí se imponen, tienen como fundamento la existencia de glosas infundadas, las que, dicho sea de paso, no son controvertidas en el recurso de casación por la entidad recurrente y, que se itera, sí dan lugar al reconocimiento de la citada sanción, pues es el mismo Decreto 1281 de 2002, el que en su artículo 4 los consagra en los siguientes términos:

“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Se subraya).

“De otra parte, es cierto que el artículo 13 del decreto en mención, únicamente hace alusión a los «términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga», estableciendo para ello que «cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda», sin que allí se contemple el plazo para efectuar su pago por parte del FOSYGA, hoy ADRES.

“No obstante lo precedente, dicha omisión fue superada desde la expedición de la Resolución 3797 de 2004, emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

“Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

“Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo.

“Es decir, desde dicha preceptiva se estableció el plazo, que echa de menos la censura, dentro del cual el Fosyga efectuará el pago del recobro y, por ende, establece la fecha de causación de los intereses moratorios y si bien, la

mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004. Así las cosas, no existe el supuesto vacío legal que invoca la censura y menos que el Fosyga, hoy Adres, no tenga un plazo para efectuar tales pagos.

Así las cosas, contrario a lo expuesto por el juez de primer grado, si hay lugar al pago de los intereses moratorios pues de la disposición normativa en cita, claramente se evidencia su procedencia cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se presente dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión, resulta procedente esta condena a partir de los dos meses de radicación de la factura.

Así las cosas, procedió la Sala a verificar la información contenida en el medio magnético obrante en el expediente donde se encuentra la base de datos de los 277 recobros ordenados pagar por esta Sala (archivo 03), verificando, se presentaron los **275** recobros objeto de demanda, dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador por lo que se ordenará el pago de los intereses moratorios **2 meses** después desde la fecha de radicación de cada uno de los citados recobros, siendo estos:

56765311, 57058320, 57570469, 55581784, 55886028, 56764045, 55248560,
56507607, 55365306, 26245076, 26255096, 55697448, 55202586, 54472205,
53793599, 53915059, 56184735, 25919306, 25950097, 57571844, 57549056,
57590588, 54541033, 54542940, 54542942, 57059174, 57467971, 54194437,
55048500, 95227005, 95228297, 95224485, 95196009, 95194382, 95039061,
95252090, 95022623, 95039090, 95067467, 95037460, 95037192, 95037727,
54740823, 54541493, 54585120, 25633536, 95053632, 95067460, 95067461,
25503691, 53754077, 95037974, 25477228, 54542937, 95066855, 95224354,
95188766, 53789216, 56634237, 95224337, 56505092, 55046860, 26139143,
26258641, 95053226, 95022529, 95038635, 56626430, 56497019, 56610604,
56610602, 95039107, 54080215, 54599978, 56604509, 56320589, 56320592,
56505093, 26258360, 95038653, 55886063, 56622567, 57047403, 53636403,
25476708, 56626091, 57292044, 95054314, 54152476, 57560989, 54541048,
54542958, 55042476, 57466644, 56762031, 56202592, 54195543, 56761776,
57226189, 95037994, 53753998, 53754048, 53752983, 53638594, 25496275,
25496271, 25594847, 25573907, 25483357, 25955137, 25546856, 53754011,
53754064, 54204367, 56500838, 25880479, 56413118, 25574594, 53697998,
53698553, 53697801, 53698420, 54443385, 25594926, 25625264, 53676231,
53697710, 25547907, 54195235, 53735489, 53735488, 54131463, 53754417,
53951217, 53951233, 26258289, 57568392, 57053399, 25891090, 55515172,
57283507, 53752786, 53754085, 53753485, 53753487, 53698178, 55088184,
56415201, 54820706, 57283864, 54205670, 25547885, 95038637, 95037993,
57550367, 26037680, 53789221, 53919122, 53973206, 25485003, 25643634,

56489817, 56514352, 56489819, 56514349, 56508139, 56320587, 56495048,
56535290, 56491951, 54077171, 53692488, 54196510, 53692478, 54196571,
53942923, 95067465, 56514351, 56514347, 56491950, 56494652, 56494648,
57541207, 56497470, 56542185, 56496770, 56491650, 56491649, 56491648,
56491647, 56508273, 56508274, 56508275, 95190543, 56508276, 56491637,
56514063, 56542177, 56542178, 56508376, 95067530, 95022531, 95068372,
56504249, 56504255, 56504260, 56504276, 95023035, 56495049, 56513922,
56513918, 56500781, 56513906, 56495026, 56595267, 55886021, 56504256,
56629338, 56595239, 56513933, 56504282, 56600815, 56595275, 56495036,
56505094, 56607818, 56595274, 56505118, 25488416, 25497213, 25487455,
25497330, 25758698, 25486067, 25573936, 26152461, 95230296, 95265564,
25651296, 25496291, 25487750, 25609156, 95252652, 25547918, 95224374,
53916550, 95038636, 95022612, 25564225, 25485006, 25574576, 25487463,
25496274, 25496292, 25701615, 25581693, 25594629, 25609179, 25609308,
25623106, 25487413, 25486070, 25574595, 25485017, 25547880, 25497230,
25485024, 25574601, 25681452, 25474781, 25594870, 25472300, 25506160,
25594916 y 25564546.

Del mismo modo se confirmará la orden impartida por el *a quo*, relacionada con la indexación frente los recobros Nos. 26167755 y 95067549 debido a que, estos fueron presentados por fuera de los 6 meses, actualización que deberá liquidarse desde la fecha de reclamación de cada uno de ellos y hasta la data de su pago.

En cuanto a la apelación de la demandada ADRES, relacionada con la prescripción de las facturas aquí recobradas conviene traer a colación lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”* en la cual se señaló:

“Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]

Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por

decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios, deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (...)

Igualmente, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone:

ARTÍCULO 33. TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. <Artículo derogado de manera gradual en los términos del de los artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018> Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de prerradicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.

El citado Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” indica:

ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones» expresa:

“Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.”

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que ninguna de las normas que regulan la materia establece con claridad cuál es el término de prescripción, es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, en donde se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772⁶. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor

⁶ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o

podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779⁷. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

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

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de

prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

⁷ Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, **que goza de un término de prescripción de tres años** y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.*

En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley⁸ y que prescriben en tres años.»

Conforme lo anterior, es claro que el término para la operancia de la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiarias, de manera que para el caso de los recobros ahora reclamados el término prescriptivo comienza a correr partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago, fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento, según corresponda, precisándose la EPS accionante contaba con 1 año para efectuar el reclamo ante la demandada y bajo tales precisiones teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros aquí ordenados, el término trienal en autos se contabiliza a partir de la fecha de prestación del servicio que lo fue para el año **2009 a 2013**, presentando su cobro ante la accionada dentro del año señalado por el artículo 11 del Decreto Ley 019 de 2012⁹, e interponiendo la demanda ante la jurisdicción el 21 de julio de 2015 (página 146, archivo 01), razón por la cual es claro que no se sobrepasó el término trienal y en ese orden el fenómeno extintivo **no operó**, siendo procedente como lo hizo el Juez *a quo* declarar no probado este medio exceptivo, pese a las afirmaciones de la recurrente ADRES en su recurso.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandada, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en*

⁸ Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

⁹ (Ver cuadro Excel desarrollado por el Tribunal adjunto al fallo columnas BC y BJ)

costas a la parte vencida en el proceso (...)”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado al ADRES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de la demandada.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se modificará el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primer grado, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la accionada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** a reconocer y pagar a la entidad demandante **SALUD TOTAL EPS S.A.** la suma de **\$426.032.124** por concepto de **277** recobros por servicios suministrados en las anualidades 2009 a 2013, que corresponden a los siguientes radicados:

56765311, 57058320, 57570469, 55581784, 55886028, 56764045, 55248560, 56507607, 55365306, 26245076, 26255096, 55697448, 55202586, 54472205, 53793599, 53915059, 56184735, 25919306, 25950097, 57571844, 57549056, 57590588, 54541033, 54542940, 54542942, 57059174, 57467971, 54194437, 55048500, 95227005, 95228297, 95224485, 95196009, 95194382, 95039061, 95252090, 95022623, 95039090, 95067467, 95037460, 95037192, 95037727, 54740823, 54541493, 54585120, 25633536, 95053632, 95067460, 95067461,

25503691, 53754077, 95037974, 25477228, 54542937, 95066855, 95224354,
95188766, 53789216, 56634237, 95224337, 56505092, 55046860, 26139143,
26258641, 95053226, 95022529, 95038635, 56626430, 56497019, 56610604,
56610602, 95039107, 54080215, 54599978, 56604509, 56320589, 56320592,
56505093, 26258360, 95038653, 55886063, 56622567, 57047403, 53636403,
25476708, 56626091, 57292044, 95054314, 54152476, 57560989, 54541048,
54542958, 55042476, 57466644, 56762031, 56202592, 54195543, 56761776,
57226189, 95037994, 53753998, 53754048, 53752983, 53638594, 25496275,
25496271, 25594847, 25573907, 25483357, 25955137, 25546856, 53754011,
53754064, 54204367, 56500838, 25880479, 56413118, 25574594, 53697998,
53698553, 53697801, 53698420, 54443385, 25594926, 25625264, 53676231,
53697710, 25547907, 54195235, 53735489, 53735488, 54131463, 53754417,
53951217, 53951233, 26258289, 57568392, 57053399, 25891090, 55515172,
57283507, 53752786, 53754085, 53753485, 53753487, 53698178, 55088184,
56415201, 54820706, 57283864, 54205670, 25547885, 95038637, 95037993,
57550367, 26037680, 53789221, 53919122, 53973206, 25485003, 25643634,
56489817, 56514352, 56489819, 56514349, 56508139, 56320587, 56495048,
56535290, 56491951, 54077171, 53692488, 54196510, 53692478, 54196571,
53942923, 95067465, 56514351, 56514347, 56491950, 56494652, 56494648,
57541207, 56497470, 56542185, 56496770, 56491650, 56491649, 56491648,
56491647, 56508273, 56508274, 56508275, 95190543, 56508276, 56491637,
56514063, 56542177, 56542178, 56508376, 95067530, 95022531, 95068372,
56504249, 56504255, 56504260, 56504276, 95023035, 56495049, 56513922,
56513918, 56500781, 56513906, 56495026, 56595267, 55886021, 56504256,
56629338, 56595239, 56513933, 56504282, 56600815, 56595275, 56495036,
56505094, 56607818, 56595274, 56505118, 25488416, 25497213, 25487455,
25497330, 25758698, 25486067, 25573936, 26152461, 95230296, 95265564,
25651296, 25496291, 25487750, 25609156, 95252652, 25547918, 95224374,
53916550, 95038636, 95022612, 25564225, 25485006, 25574576, 25487463,
25496274, 25496292, 25701615, 25581693, 25594629, 25609179, 25609308,
25623106, 25487413, 25486070, 25574595, 25485017, 25547880, 25497230,
25485024, 25574601, 25681452, 25474781, 25594870, 25472300, 25506160,
25594916, 25564546, 26167755 y 95067549.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**, a reconocer y pagar a la **SALUD TOTAL EPS S.A.** los intereses moratorios respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de 275 recobros, siendo estos:

Fecha prestación del servicio	Fecha radicación factura IPS	2 meses para pago
4/11/2012	10/12/2012	4/01/2013
9/09/2013	9/10/2013	9/11/2013
2/12/2011	13/12/2011	1/02/2012
28/01/2013	18/04/2013	30/03/2013
10/12/2012	13/12/2012	9/02/2013
9/01/2013	7/02/2013	11/03/2013
6/05/2013	5/06/2013	6/07/2013

EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

1/03/2013	4/03/2013	1/05/2013
23/04/2013	6/06/2013	23/06/2013
11/10/2013	20/11/2013	11/12/2013
2/08/2013	21/08/2013	2/10/2013
2/03/2013	9/04/2013	2/05/2013
12/07/2012	27/12/2012	11/09/2012
23/02/2012	10/04/2012	24/04/2012
10/12/2012	21/12/2012	9/02/2013
24/05/2011	20/06/2011	24/07/2011
26/10/2012	11/12/2012	26/12/2012
17/06/2013	8/07/2013	17/08/2013
18/04/2013	10/05/2013	18/06/2013
16/03/2012	18/07/2012	16/05/2012
29/02/2012	19/05/2012	30/04/2012
5/06/2012	19/07/2012	5/08/2012
21/03/2012	9/04/2012	21/05/2012
16/03/2012	11/04/2012	16/05/2012
21/03/2012	9/04/2012	21/05/2012
16/06/2013	10/09/2013	16/08/2013
18/10/2013	8/11/2013	18/12/2013
25/07/2012	17/08/2012	24/09/2012
26/04/2013	10/05/2013	26/06/2013
11/02/2011	28/02/2011	13/04/2011
5/01/2011	26/01/2011	7/03/2011
5/05/2011	18/05/2011	5/07/2011
9/02/2011	20/02/2011	11/04/2011
12/10/2010	16/03/2011	12/12/2010
19/09/2011	31/10/2011	19/11/2011
29/12/2011	3/01/2012	28/02/2012
10/01/2010	5/02/2010	12/03/2010
23/03/2011	8/04/2011	23/05/2011
7/07/2011	28/10/2011	6/09/2011
28/02/2011	14/04/2011	30/04/2011
7/03/2011	18/04/2011	7/05/2011
4/12/2010	24/03/2011	3/02/2011
6/04/2013	8/04/2013	6/06/2013
17/08/2012	10/09/2012	17/10/2012
7/03/2013	11/03/2013	7/05/2013
28/11/2012	28/12/2012	28/01/2013
2/09/2011	20/09/2011	2/11/2011
16/12/2011	29/05/2012	15/02/2012
16/12/2011	29/05/2012	15/02/2012
15/06/2011	10/07/2011	15/08/2011
18/04/2011	15/04/2011	18/06/2011
10/05/2011	28/09/2011	10/07/2011
29/11/2012	4/01/2013	29/01/2013
19/03/2012	10/04/2012	19/05/2012
31/05/2009	4/10/2009	31/07/2009
25/11/2010	26/11/2010	25/01/2011
16/02/2012	7/03/2012	17/04/2012
28/08/2012	23/09/2012	28/10/2012

EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

12/07/2013	20/08/2013	11/09/2013
7/12/2010	15/12/2010	6/02/2011
4/09/2012	11/10/2012	4/11/2012
13/03/2013	3/04/2013	13/05/2013
8/08/2013	5/09/2013	8/10/2013
18/03/2013	28/04/2013	18/05/2013
23/02/2011	31/03/2011	25/04/2011
26/05/2011	16/06/2011	26/07/2011
10/01/2012	31/01/2012	11/03/2012
30/01/2013	9/02/2013	1/04/2013
1/02/2013	18/03/2013	3/04/2013
29/01/2013	8/02/2013	31/03/2013
23/01/2013	8/02/2013	25/03/2013
4/01/2012	2/02/2012	5/03/2012
27/07/2012	22/01/2013	26/09/2012
3/01/2013	18/02/2013	5/03/2013
7/02/2013	1/03/2013	9/04/2013
26/07/2013	29/07/2013	25/09/2013
26/07/2013	29/07/2013	25/09/2013
1/08/2012	11/10/2012	1/10/2012
9/09/2013	11/10/2013	9/11/2013
28/11/2011	17/12/2011	28/01/2012
19/03/2011	4/05/2011	19/05/2011
15/04/2013	11/06/2013	15/06/2013
29/07/2013	1/10/2013	28/09/2013
6/11/2012	5/01/2013	6/01/2013
10/03/2012	20/03/2012	10/05/2012
19/02/2013	26/02/2013	21/04/2013
27/07/2013	7/10/2013	26/09/2013
24/07/2011	1/09/2011	23/09/2011
24/10/2012	20/11/2012	24/12/2012
23/10/2013	9/11/2013	23/12/2013
24/02/2012	9/04/2012	25/04/2012
15/03/2012	10/04/2012	15/05/2012
11/05/2011	3/08/2011	11/07/2011
15/10/2013	9/11/2013	15/12/2013
3/11/2012	26/12/2012	3/01/2013
14/02/2013	7/03/2013	16/04/2013
7/12/2012	28/12/2012	6/02/2013
29/08/2013	17/09/2013	29/10/2013
6/02/2013	11/03/2013	8/04/2013
29/07/2011	5/08/2011	28/09/2011
30/03/2011	18/04/2011	30/05/2011
19/03/2011	19/04/2011	19/05/2011
3/03/2011	19/04/2011	3/05/2011
12/09/2012	22/09/2012	12/11/2012
7/12/2012	21/12/2012	6/02/2013
10/12/2012	21/12/2012	9/02/2013
23/10/2012	13/11/2012	23/12/2012
24/02/2011	7/06/2011	26/04/2011
18/09/2012	17/10/2012	18/11/2012
21/02/2013	20/03/2013	23/04/2013

EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

8/10/2010	27/01/2011	8/12/2010
29/03/2011	18/04/2011	29/05/2011
18/03/2011	18/04/2011	18/05/2011
5/11/2010	30/01/2011	5/01/2011
15/07/2012	24/09/2012	14/09/2012
29/10/2012	15/11/2012	29/12/2012
31/07/2013	9/08/2013	30/09/2013
29/11/2010	17/01/2011	29/01/2011
17/03/2011	29/03/2011	17/05/2011
24/02/2011	14/03/2011	26/04/2011
4/03/2011	30/03/2011	4/05/2011
8/04/2011	13/04/2011	8/06/2011
31/01/2013	11/02/2013	2/04/2013
6/08/2012	28/08/2012	6/10/2012
16/01/2013	30/01/2013	18/03/2013
26/12/2012	9/01/2013	25/02/2013
9/03/2011	7/03/2011	9/05/2011
28/07/2011	7/09/2011	27/09/2011
8/04/2012	22/05/2012	8/06/2012
14/12/2012	5/01/2013	13/02/2013
14/12/2012	5/01/2013	13/02/2013
28/10/2012	13/12/2012	28/12/2012
26/02/2011	7/03/2011	28/04/2011
19/12/2012	20/12/2012	18/02/2013
17/05/2012	14/06/2012	17/07/2012
31/01/2013	7/03/2013	2/04/2013
21/10/2013	12/11/2013	21/12/2013
27/06/2013	26/07/2013	27/08/2013
19/06/2013	20/06/2013	19/08/2013
18/06/2013	20/06/2013	18/08/2013
16/11/2012	18/01/2013	16/01/2013
15/02/2011	10/03/2011	17/04/2011
18/03/2011	17/03/2011	18/05/2011
18/03/2011	19/04/2011	18/05/2011
31/03/2011	19/04/2011	31/05/2011
4/03/2011	7/03/2011	4/05/2011
18/01/2013	15/06/2013	20/03/2013
25/06/2013	12/08/2013	25/08/2013
25/02/2013	11/04/2013	27/04/2013
5/03/2013	24/06/2013	5/05/2013
17/06/2011	18/07/2011	17/08/2011
14/03/2011	27/04/2011	14/05/2011
23/12/2011	30/12/2011	22/02/2012
29/07/2011	5/08/2011	28/09/2011
6/08/2013	7/10/2013	6/10/2013
28/05/2013	12/06/2013	28/07/2013
1/09/2012	19/09/2012	1/11/2012
1/09/2012	8/10/2012	1/11/2012
17/12/2010	28/01/2011	16/02/2011
28/08/2012	24/09/2012	28/10/2012
13/04/2011	27/04/2011	13/06/2011
26/10/2012	5/12/2012	26/12/2012

EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

18/09/2012	26/10/2012	18/11/2012
26/10/2012	5/12/2012	26/12/2012
19/09/2012	26/10/2012	19/11/2012
22/02/2013	13/03/2013	24/04/2013
27/07/2013	29/07/2013	26/09/2013
21/08/2012	12/10/2012	21/10/2012
16/07/2013	20/08/2013	15/09/2013
1/02/2013	4/03/2013	3/04/2013
28/12/2012	11/01/2013	27/02/2013
2/11/2012	17/12/2012	2/01/2013
18/07/2012	18/07/2012	17/09/2012
5/06/2012	13/07/2012	5/08/2012
5/10/2012	18/10/2012	5/12/2012
2/06/2012	20/06/2012	2/08/2012
6/07/2011	28/10/2011	5/09/2011
9/08/2012	23/09/2012	9/10/2012
14/09/2012	23/09/2012	14/11/2012
18/02/2013	19/04/2013	20/04/2013
1/04/2013	16/05/2013	1/06/2013
15/04/2013	16/05/2013	15/06/2013
28/09/2012	5/11/2013	28/11/2012
19/02/2013	13/03/2013	21/04/2013
14/08/2012	3/10/2012	14/10/2012
24/09/2012	3/10/2012	24/11/2012
26/11/2012	17/12/2012	26/01/2013
31/10/2012	14/12/2012	31/12/2012
29/10/2012	14/12/2012	29/12/2012
29/10/2012	14/12/2012	29/12/2012
21/11/2012	14/12/2012	21/01/2013
2/11/2012	14/12/2012	2/01/2013
9/11/2012	14/12/2012	9/01/2013
19/08/2011	23/09/2011	19/10/2011
16/11/2012	14/12/2012	16/01/2013
20/09/2012	12/10/2012	20/11/2012
20/02/2013	5/03/2013	22/04/2013
16/08/2012	23/09/2012	16/10/2012
3/08/2012	23/09/2012	3/10/2012
11/09/2012	16/10/2012	11/11/2012
15/04/2011	10/05/2011	15/06/2011
29/12/2010	19/01/2011	28/02/2011
27/01/2011	28/02/2011	29/03/2011
14/03/2013	18/03/2013	14/05/2013
14/03/2013	18/03/2013	14/05/2013
5/02/2013	18/03/2013	7/04/2013
8/02/2013	18/03/2013	10/04/2013
18/05/2011	20/06/2011	18/07/2011
21/11/2012	4/12/2012	21/01/2013
8/04/2013	15/05/2013	8/06/2013
29/04/2013	15/05/2013	29/06/2013
23/10/2012	20/11/2012	23/12/2012
29/04/2013	16/05/2013	29/06/2013

EXP. No 16 2015 00559 01 SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

21/08/2012	16/10/2012	21/10/2012
9/10/2012	5/12/2012	9/12/2012
26/09/2012	21/01/2013	26/11/2012
20/02/2013	18/03/2013	22/04/2013
28/01/2013	8/02/2013	30/03/2013
4/10/2012	4/12/2012	4/12/2012
24/04/2013	16/05/2013	24/06/2013
14/02/2013	18/03/2013	16/04/2013
7/09/2012	12/09/2012	7/11/2012
6/09/2012	11/10/2012	6/11/2012
6/08/2012	12/10/2012	6/10/2012
6/09/2012	11/10/2012	6/11/2012
26/04/2013	17/05/2013	26/06/2013
10/09/2012	11/10/2012	10/11/2012
3/09/2012	11/10/2012	3/11/2012
30/03/2011	9/04/2011	30/05/2011
19/04/2011	20/05/2011	19/06/2011
10/12/2012	21/12/2012	9/02/2013
19/11/2010	4/03/2011	19/01/2011
11/03/2013	18/03/2013	11/05/2013
25/05/2012	20/06/2012	25/07/2012
2/02/2012	10/02/2012	3/04/2012
9/04/2013	4/05/2013	9/06/2013
19/07/2011	5/08/2011	18/09/2011
14/01/2011	27/01/2011	16/03/2011
18/04/2011	16/05/2011	18/06/2011
27/06/2012	19/07/2012	27/08/2012
25/09/2012	20/10/2012	25/11/2012
15/03/2011	20/07/2011	15/05/2011
12/07/2011	20/07/2011	11/09/2011
7/10/2011	19/10/2011	7/12/2011
23/08/2011	7/09/2011	23/10/2011
11/07/2012	27/12/2012	10/09/2012
20/12/2011	17/01/2012	19/02/2012
9/11/2010	18/01/2011	9/01/2011
25/09/2012	17/10/2012	25/11/2012
31/08/2012	23/09/2012	31/10/2012
29/12/2010	17/01/2011	28/02/2011
30/11/2012	20/12/2012	30/01/2013
7/12/2012	21/12/2012	6/02/2013
24/05/2012	19/07/2012	24/07/2012
8/03/2012	3/04/2012	8/05/2012
14/12/2012	14/01/2013	13/02/2013
17/11/2012	4/01/2013	17/01/2013
26/10/2012	21/01/2013	26/12/2012
18/12/2012	14/01/2013	17/02/2013
15/04/2011	20/04/2011	15/06/2011
13/09/2011	6/10/2011	13/11/2011
26/01/2012	13/02/2012	27/03/2012
7/03/2011	12/04/2011	7/05/2011
30/08/2012	23/09/2012	30/10/2012
13/07/2011	12/08/2011	12/09/2011
16/06/2011	13/07/2011	16/08/2011

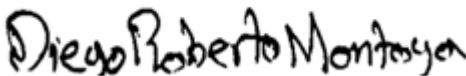
12/04/2011	18/05/2011	12/06/2011
31/08/2011	16/09/2011	31/10/2011
10/01/2013	19/02/2013	12/03/2013
10/11/2012	6/12/2012	10/01/2013
27/05/2011	8/06/2011	27/07/2011
31/10/2012	19/11/2012	31/12/2012
15/09/2011	10/10/2011	15/11/2011
28/07/2012	4/10/2012	27/09/2012
4/04/2012	20/04/2012	4/06/2012

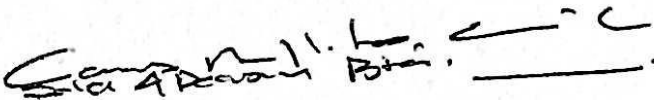
Frente a los recobros Nos. recobros Nos. 26167755 y 95067549 se cancelarán debidamente indexados desde el día de radicación del recobro y hasta su momento efectivo de pago, tal como fue ordenado por el a quo.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en los demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

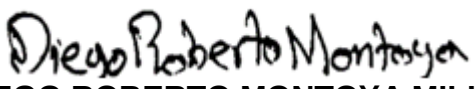
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIRIAM GRACIELA
BELTRÁN ACOSTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (17
2019 00182 01).**

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **EPSON MATEO GALLAR ADAIME** como apoderado sustituto de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de marzo del 2023 («Audio archivo 40», récord 45:28), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia en la forma advertida en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora MIRIAM GRACIELA BELTRÁN ACOSTA, identificada con la C.C. 51.576.685, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, a través de COLFONDOS S.A. y su posterior vinculación con Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; lo anterior según las consideraciones señaladas.

TERCERO: DECLARAR PROSPERA la tacha de falsedad propuesta por la demandante frente al documento denominado “Traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias”, de PORVENIR S.A., documento de folios 57, 168 y 169 y que se identifica con el No. 20011406970, por medio del cual se indicó por parte de PORVENIR S.A., se había efectuado la vinculación de la demandante a esa entidad, y en consecuencia se desestima o se descarta cualquier valor probatorio atribuido a ese documento.

CUARTO: SE DECLARA que la demandante señora BELTRÁN ACOSTA, se encuentra legalmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., como actual administradora de fondos de pensiones de la demandante, devolver todos los conceptos que conforman su cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades, según lo considerado en precedencia.

SEXTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada con esa AFP, según lo considerado.

SÉPTIMO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas a favor de la demandante, las codemandadas COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral, a favor de la demandante, según lo expuesto en precedencia.

OCTAVO: ORDENAR a COLPENSIONES que, una vez materializado el retorno de la demandante esa entidad, proceda a estudiar el derecho pensional que el pudiese asistir en el marco normativo que invoque, según las razones expuestas en precedencia.

NOVENO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A., En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada por valor de \$1'000.000 M/Cte., y en el mismo sentido se impone condena en costa a PORVENIR S.A., como consecuencia de la prosperidad del incidente de tacha de falsedad y se fijan agencias de derecho a su cargo por valor de \$1'000.000 M/Cte.

DÉCIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES...

Las partes quedan notificadas en estrados.».

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., apeló la decisión solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero debidamente indexadas pues ello resulta incompatible y excluyente con los rendimientos que se han generado los cuales son superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media, precisando se debe tener en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 2022-562 que revoca la condena por indexación, precisando imponer esta condena genera una doble sanción pues reitera los rendimientos obtenidos en la AFP superan con creces la pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales. («Audio archivo 40», récord 49:50¹)

A su turno, COLPENSIONES apeló la decisión en torno a la condena en costas, señalando para tal efecto no ser procedente de acuerdo a la naturaleza del proceso, máxime que Colpensiones no participó en el negocio jurídico de traslado al ser un tercero ajeno y de buena fe, aunado a que conforme a la ley no se puede aceptar el traslado de régimen pensional de acuerdo a la limitante

¹ **APODERADA PORVENIR S.A.**

Gracias señor juez, de manera respetuosa me permitió interponer recurso de apelación de manera parcial frente al numeral quinto de la sentencia y específicamente frente a la orden que se le da a mi representada, de devolver las sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propias utilidades.

Este recurso lo sustento en las siguientes consideraciones; en la sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016 se precisó que la indexación *“es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la evaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”* En este orden de ideas y teniendo en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las AFPs está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada nuestros afiliados, es entonces incompatible y excluyen, de ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación y, por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media.

Vale la pena traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado 2022-562 del pasado 20 de enero del año en curso, donde se indicó *“respecto de la indexación la sala, considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar. Por tal razón se revoca dicha condena a COLFONDOS y PORVENIR”*. Luego ordenar entonces que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero, sin duda es imponer una doble sanción por cuánto sin razón alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática en los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico que celebró con la demandante supera con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

En esos términos señores magistrados, solicito de manera respetuosa se revoque la orden que se le da a mi representada en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, de devolver las sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propias utilidades, en estos términos, señor Juez dejó presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

que impone la ley, esto es, que cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, esta no se podría trasladar. En tal sentido, solicita que se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia («Audio archivo 40», récord 51:47²)

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 y 3 «Archivo 03 expediente digital»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 7, ib.), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, en consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, del mismo modo se declare que Colpensiones es responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a que tiene derecho, condenas *ultra y extra petita*, agencias en derechos y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS S.A., ordenando a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos que conforman la cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes**

² **APODERADO COLPENSIONES**

Su Señoría en esta etapa procesal pertinente propongo recurso de apelación frente a la sentencia dictada por su señoría especialmente, frente a la condena en costas.

Señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sea del caso indicar que dicha condena en costas es improcedente, de acuerdo a la naturaleza del proceso, pues Colpensiones fue demandado en este proceso por ser un tercero de buena fe y como lo manifieste en los alegatos de conclusión Colpensiones hace una posición frente a la demanda es de (sic) 1793, el cual nos indica que no se puede aceptar un traslado de régimen pensional, toda vez que ya se encuentran en el limitante de edad máxime señores magistrado que Colpensiones no participó en el traslado o en el negocio jurídico del traslado y pues es un tercero como ya lo manifesté, por lo cual solicito se revoque la condena en costas de primera instancia y no se condene en costas, en segunda instancia, gracias.

destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades y COLFONDOS devolver gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada con esa AFP, así mismo ordeno a COLPENSIONES a recibir el traslado de los fondos y convalidarlos en su historia laboral, como también a que una vez materializado el traslado proceda a estudiar el derecho pensional que le pudiese asistir. Frente al incidente de tacha de falsedad lo declaro prospero, por lo que desestimo o descartó cualquier valor probatorio al formulario de PORVENIR al encontrarse que el mismo no fue suscrito por la accionante.

De modo que declaro la ineficacia, tras considerar que la AFP demandada COLFONDOS, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de noviembre

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

de 1960 (pág. 18, archivo 3 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 23 de noviembre del 2018, COLFONDOS 2 de enero del 2019 y COLPENSIONES el 3 de enero del 2019 (Págs. 50 a 51, 59 a 64 y 65 a 70), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, se tiene, la actora 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 653.43⁴ semanas (*Historia laboral válida para bono pensional* pág. 51 *archivo 13 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **24 de septiembre de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1° de noviembre de 1997** (pág. 37 Archivo 13 expediente digital y pág. 76 Archivo 3 expediente digital), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios

4

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4580	654.29	0	0.00	6	0.86	4603	657.57	0	0.00	6	0.86
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 4574		SEMANAS: 653.43		DIAS: 4597		SEMANAS: 656.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

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

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

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

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

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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019,

⁶ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

“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 prestaciones”.

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

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

ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que, en el año 1997 se trasladó a COLFONDOS porque la empresa en donde laboraba pertenecía al grupo empresarial Bavaria quien era afiliado a esa AFP, por lo que llegaron los asesores y le indicaron todas las ventajas del fondo privado, como obtener la pensión a una menor edad y con mayores rendimientos

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 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.

⁷ Audiencia del 24 de septiembre del 2020, récord 44:44 Audio archivo 18.

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 76 archivo 03 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 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 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 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 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (24 de septiembre de 1997, 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 CSJ SL12136-2021, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora, de todos los conceptos que conforman su cuenta individual tales como cotizaciones,

sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, junto con los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades con destino a COLPENSIONES, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

Por otro lado debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones que se adicionará el ordinal sexto del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. deberá retornar además de los conceptos ordenados por el Juez de primer grado, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Lo anterior, por así haberlo considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado punto 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. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP PORVENIR, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (Pág. 9, «09ContestacionColpensiones.pdf»), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual «se *condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*», sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a ésta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las 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 en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de septiembre del 2020, «Archivo 14 expediente digital».

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEXTO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES además de los gastos de administración, bonos pensionales, las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente **indexado** 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 objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

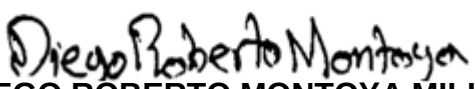
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CONSTANZA DEL CONSUELO CARRILLO DE GUTIERREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (17 2021 00181 01).

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **EPSON MATEO GALLAR ADAIME** como apoderado sustituto de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva al abogado **LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA**, como apoderado sustituto de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos y para los efectos del poder conferido por **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, como abogados adscritos a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta

última, contra la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de abril del 2023 («Audio archivo 28», récord 41:21), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, ausencia de configuración de causales de nulidad y prescripción propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora Constanza del Consuelo Carrillo de Gutiérrez, identificada con la Cédula de ciudadanía 20.524.662 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de porvenir S.A, y sus posteriores vinculaciones a COLFONDOS S.A PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. fueron ineficaces y, por consiguiente, sin efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante, señora Carrillo de Gutiérrez, se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima media con prestación definida y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones precedentes.

CUARTO: ORDENAR a SKANDIA S.A., como actual administradora de fondos de pensiones de la demandante, DEVOLVER todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dinero efectuados por las otras administradoras, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, según lo analizado en precedencia.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver también los gastos o comisiones de administración descontados durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas entidades, así como las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el TRASLADO de fondos que efectúen a favor de la demandante, las demandas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., y a convalidarlos en la historia laboral de la demandante, conforme las razones expuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas en firme esta sentencia por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 moneda corriente.

OCTAVO: se dispone la **CONSULTA** de esta sentencia a favor de Colpensiones remítase el expediente al superior una vez concluya la presente audiencia.».

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., apeló la decisión señalando que cumplió con el deber de información para el momento en el cual se materializó ese traslado de régimen pensional, ya que la demandante contó con un acompañamiento pensional a través de los promotores de su representada y otros canales de atención al afiliado ilustrándola así de las características propias del régimen de ahorro individual, expresando dentro del presente proceso existe una prueba documental más allá del formulario de afiliación donde se prueba, esa asesoría brindada a la demandante, documento donde consta la firma de la demandante, manifestando haber recibido una asesoría amplia y suficiente atendiendo las implicaciones legales que tiene la toma de traslado de régimen pensional, como también el hecho de ser beneficiaria de régimen de transición ratificando su decisión de traslado.

Expresa que la demandante, menciona que su intención de retorno al régimen de prima media es por la diferencia de mesada pensional, ofrecida en cada uno de los regímenes, luego manifiesta que no es posible equiparar las mesadas pensionales en uno u otro régimen dadas las particularidades de cada uno, haciendo énfasis que no es viable obtener resultados iguales en 2 regímenes sustancialmente diferentes, por lo que desconocer la fórmula o la manera en cómo se liquida una prestación económica de vejez en cada uno de los regímenes pensionales sería desconocer la existencia y legalidad de cada uno de estos regímenes pensionales.

Por otro lado solicita no se condene al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado respecto de la suma por primas de seguros provisionales, en primer lugar, porque el traslado de los gastos de administración no es viable, como quiera que esta suma no está llamada a financiar una pensión, pues tiene una destinación específica que por mandato legal fue cumplidamente por su representada en el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento y una rentabilidad de los aportes efectuados por la demandante y que durante el tiempo que estuvo vinculada la accionante con esa AFP, le fueron reconocidos dichos rubros en su cuenta de ahorro individual. En segundo lugar, respecto de las sumas o primas previsionales señala se debe tener en cuenta que dichos rubros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas y con los cuales la demandante tuvo un pleno amparo, referente a las prestaciones de invalidez y muerte durante la vinculación con la AFP y en tercer lugar, porque ya se está condenando al

traslado de los rendimientos contenidos en la cuenta de ahorro individual lo que desborda todos los efectos jurídicos de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional y supera con creces los descuentos realizados por gastos de administración y sumas previsionales.

Finalmente, respecto a la condena impuesta por indexación se solicita sea revocada toda vez que considera que la devolución de rendimientos del capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual, compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, luego ordenar la indexación de los aportes realizados por la demandante generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual. («Audio archivo 28», récord 44:40¹)

¹ **APODERADA DE PORVENIR:** Gracias su Señoría, estando en la oportunidad procesal correspondiente, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada para que sea la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá quien estudie y revoque las condenas impuestas en contra de mi representada, de conformidad con las siguientes razones. Sea, lo primero indicar que porvenir cumplió con el deber de información para el momento en el cual se materializó ese traslado de régimen pensional, ya que la demandante contó con un acompañamiento pensional a través de los promotores de mi representada y otros canales de atención al afiliado ilustrándola así características propias del régimen de ahorro individual.

En segundo lugar, ruego tener en cuenta para la sala en segunda instancia, que dentro del presente proceso existe una prueba documental más allá del formulario de afiliación donde se prueba, esa asesoría brindada a la demandante, documento donde consta la firma de la demandante, manifestando haber recibido una asesoría amplia y suficiente atendiendo las implicaciones legales que tiene la toma de traslado de régimen pensional. Adicionalmente, manifestó ser beneficiaria del régimen de transición, pero aun así ratificaba su decisión de traslado de régimen, documento que en ningún momento fue tachado por la parte demandante, luego considera, esta defensa que dicho documento es plenamente una prueba documental más, adicional del formulario de afiliación documental, que requieren de esa línea jurisprudencial que nos ocupa para el presente caso.

Asimismo, es indispensable manifestar que la demandante, menciona que su intención de retorno al régimen de prima media es por la diferencia de mesada pensional, ofrecida en cada uno de los regímenes, luego es importante manifestar que no es posible equiparar las mesadas pensionales en uno u otro régimen dadas las particularidades de cada uno, haciendo énfasis que no es viable obtener resultados iguales en 2 regímenes sustancialmente diferentes, luego desconocer la fórmula o la manera en cómo se liquida la una prestación económica de vejez en cada uno de los regímenes pensionales sería desconocer la existencia y legalidad de cada uno de estos regímenes pensionales.

En otro punto se solicita muy respetuosamente a la sala de estudio en segunda instancia que, si considera prósperas las pretensiones incoadas para el presente litigio se solicita, no se condene a porvenir respecto al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado respecto de la suma, su primas provisionales, de conformidad con las siguientes razones, en primer lugar, porque el traslado de los gastos de administración no es viable, como quiera que esta suma no están llamadas a financiar una pensión, pues tiene una destinación específica que por mandato legal fue cumplidamente por mi representada el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento, una rentabilidad de los aportes efectuados por la demandante y que durante el tiempo que estuvo vinculada la accionante con mi representada, le fueron reconocidos dichos rubros en su cuenta de ahorro individual.

En segundo lugar, respecto de las sumas o primas previsionales, ruego tenerse en cuenta que dichos rubros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas con mi representada y con los cuales la demandante tuvo un pleno amparo, referente a las prestaciones de invalidez y muerte durante la vinculación con mi representada y en tercer lugar, porque si se declara eventualmente, igualmente en segunda instancia, esa ineficacia de traslado de régimen pensional de la actora, téngase en cuenta que en primera instancia ya se está condenando al traslado de los rendimientos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Luego, es importante tener en cuenta que esos rendimientos fueron obtenidos durante todas las vinculaciones que la demandante ha tenido con las diferentes administradoras del régimen

SKANDIA S.A. apela la decisión frente a la condena impuesta de la devolución de comisiones, gastos de administración y seguros previsionales indicando que con la creación de la ley 100 de 1993 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello las obligaciones para las administradoras de fondos de pensiones a favor de cada uno de los afiliados, entre ellos puntualmente lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su parágrafo final, el cual indica que habrá un 3% de los cuales los fondos privados podrán descontar para financiar los gastos de administración, las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes y los gastos o comisiones, refiriendo que con ello se garantiza una rentabilidad mínima a los fondos de pensiones y en segundo lugar porque en caso de que exista un siniestro, invalidez y sobrevivientes, se pueda cumplir con el pago de esto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos, bien sea para el afiliado o sus beneficiarios, expresando le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetiva, teniendo en cuenta que se desconoce la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS durante toda la etapa del proceso, como es la administración de la cuenta de ahorro individual y fue gracias a esa administración que la señora demandante goza de una rentabilidad.

En cuanto a los seguros previsionales, esto es el seguro de invalidez y sobrevivencia, señala que tampoco sería procedente que SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, debe asumirlas en tanto que la causa que le dio origen a este, es decir, el aseguramiento de la invalidez y la sobrevivencia es permanente y la demandante ha gozado durante todo el tiempo afiliación con su representada dicho cubrimiento a esas contingencias, máxime que el porcentaje

de ahorro individual. Luego es importante tener en cuenta que el traslado de dichos rendimientos desborda a todos los efectos jurídicos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, pues si la finalidad de la institución jurídica de la ineficacia retrotraer en el tiempo el hecho de traslado del régimen pensional, resulta que no se deberían trasladar, rendimientos propios del régimen de ahorro individual, sino a lo sumo los rendimientos que se hubieran causado en el régimen de prima media. No obstante, ya como condena impuesta en primera instancia se trasladarán dichos rendimientos, luego considera esa defensa que el traslado de dichos rendimientos supera con creces y casi que a luz en los descuentos realizados por gastos de administración y sumas previsionales.

Por último, respecto a la condena impuesta, de indexación se solicita muy respetuosamente a los honorables magistrados, sea revocada ese punto, toda vez que considera igualmente esa defensa que respecto con la condena del traslado de devolución de rendimientos del capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual, es claro que dicho traslado lo que hace es una compensación de la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, luego ordenar la indexación de una parte de los aportes realizados de la demandante generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual.

Bajo estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando nuevamente a los señores magistrados sean revocadas las condenas impuestas en contra de mi representado. Muchas gracias, su Señoría

ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora, por lo tanto no se encuentra en las arcas de la AFP que representa, tampoco podría decirse que se podría retornar teniendo en cuenta que esos porcentajes para la invalidez y la sobrevivencia son girados y utilizados para contratar un contrato de aseguramiento mediante una aseguradora para tenerla cubierta, por lo que al ordenar que se retornen dichos emolumentos, se estaría desconociendo el mandato legal del artículo 20, advirtiendo si bien es cierto que las cosas se deben retrotraer, lo cierto es que se debe estudiar también la teoría de la retribuciones mutuas en aras de no forcejar a ninguna de las partes, pues como se ha venido indicando, se desconoce el contrato de aseguramiento entre su representada, la demandante y la aseguradora, y se desconoce la administración de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se le están causando a la señora demandante.

Aduce que si en gracia de discusión se considera que se debe mantener dicha orden se solicita muy respetuosamente no condenar a que aquellos emolumentos sean indexados, teniendo en cuenta que esta indexación no fue objeto del debate probatorio, lo cual va en contravía de lo establecido en el artículo 29 de la constitución política. («Audio archivo 28», récord 51:24²)

² **APODERADO SKANDIA S.A.:** Gracias, doctor, siendo está la etapa procesal correspondiente, presento recurso de apelación parcial para que el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá, revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a devolver todos los conceptos establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, como lo manifestó el señor juez de Instancia, es decir las comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, (inaudible), sustento el recurso de apelación, indicando que con la creación de la ley 100 de 1993 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello las obligaciones para las administradoras de fondos de pensiones a favor de cada uno de los afiliados, entre ellos puntualmente lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su parágrafo final, nos indica que habrá un 3% de los cuales los fondos privados podrán descontar para financiar los gastos de administración, la prima de seguro de fogafin, las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes y los gastos o comisiones conforme a la anterior norma, teniendo en cuenta lo anteriormente citado, se puede indicar que las cotizaciones del 3% va para los 2 regímenes pensionales.

Ahora bien, en el régimen de ahorro individual con solidaridad del 3%, se utiliza para los gastos y/o comisiones de administración y para el pago de las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, lo que conlleva una serie de obligaciones para el fondo de pensiones, en primer lugar, referente a los gastos de administración, la obligación de generar y administrar la cuenta de ahorro individual y como consecuencia de ello, garantizar una rentabilidad mínima a los fondos de pensiones y en segundo lugar, que en caso de que exista un siniestro, invalidez y sobrevivientes, se pueda cumplir con el pago de esto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos, bien sea para el afiliado o sus beneficiarios.

Bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado que la consecuencia de esto es el regreso automático de las cosas, a su estado inicial, lo cierto es que también le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetiva, teniendo en cuenta que se desconoce la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. En primer lugar, se debe advertir que mi representada ha actuado de buena fe durante toda la etapa del proceso, como es con la administración de la cuenta de ahorro individual y fue gracias a esa administración que la señora demandante goza de una rentabilidad, que está coadyuvando, (inaudible) el capital de su cuenta de ahorro individual para pensión, luego entonces no se entiende como el fallo se pretende que se retornen dichos emolumentos y se desconoce efectivamente fue por ese descuento que la

Finalmente, COLPENSIONES en su apelación solicita se revoque la condena en costas por ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto del traslado. («Audio archivo 28», récord 56:30³)

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 3 a 5 «Archivo 02 expediente digital»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 3, ib.), aspirando principalmente se declare la ineficacia de la vinculación al RAIS con PORVENIR S.A., en consecuencia se condene a SKANDIA S.A. a ordenar el retorno al RPM, a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los cobros y gastos administrativos, se ordene a Colpensiones a recibir el traslado de aportes, aceptarla en el sistema, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en

señora demandante goza de unos dineros adicionales. En cuanto a los seguros previsionales, esto es el seguro de invalidez y sobrevivencia, tampoco sería procedente que SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, debe asumirlas en tanto que la causa que le dio origen a este, es decir, el aseguramiento de la invalidez y la sobrevivencia es permanente y la demandante ha gozado durante todo el tiempo afiliación con mi representada, dicho cubrimiento a esas contingencias, máxime que en la parte mencionada el porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, por lo tanto no se encuentra en las arcas de la AFP que represento, tampoco podría decirse que se podría retornar teniendo en cuenta que esos porcentajes para la invalidez y la sobrevivencia son girados, utilizados para contratar un contrato de aseguramiento mediante una aseguradora para tenerla cubierta.

Ahora bien, al ordenar que mi representada retorne dichos emolumentos, estaría causando un proceso propio de patrimonio, den SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, teniendo en cuenta que se está desconociendo el mandato legal invocado, el artículo 20, si bien es cierto que las cosas se deben retrotraer, lo cierto es que se debe estudiar también la teoría de la retribuciones mutuas en aras de no forcejar a ninguna de las partes, pues como se ha venido indicando, se desconoce el contrato de aseguramiento entre mi representada, la demandante y la aseguradora, y se desconoce la administración de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se le están causando a la señora demandante, motivo por el cual, solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados revocar dichas condenas, pero si en gracia de discusión consideran que se deben mantener, se solicita muy respetuosamente no condenar a aquellos emolumentos, no sean indexados, teniendo en cuenta que esos dineros, no fueron objeto o estos o esta indexación no fue objeto del debate probatorio, lo cual va en contravía de lo establecido en el artículo 29 de la constitución política, teniendo en cuenta que la etapa procesal correspondiente para poder hacer la oposición y crear la defensa es precisamente para la etapa de la contestación de la demanda por todo lo anterior dejó sentado mi recurso de apelación solicitándole muy respetuosamente al Honorable Juez de instancia, conceda el recurso de apelación antes los Honorables Magistrados revoquen las condenas aquí impuestas a mi representada. Muchas gracias, doctor.

³ **APODERADO DE COLPENSIONES:** Gracias su señoría, (inaudible), presento recurso de apelación, sería frente la condena en costas (inaudible) es improcedente, de acuerdo a la naturaleza del proceso, porque Colpensiones fue codemandado en este proceso por ser un tercero de buena fe y no intervenir en el acto del traslado y ser la administradora del régimen de prima media (inaudible) no puede negarse el formulario de afiliación (inaudible).

derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A. y sus posteriores vinculaciones, ordenando a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos que conforman la cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades y a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. les ordenó devolver gastos o comisiones de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, primas de seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, así mismo ordeno a COLPENSIONES a recibir el traslado de los fondos y convalidarlos en su historia laboral. Lo anterior, tras considerar que la AFP demandada PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin, frente al régimen de transición señalo que si bien la actora tenía mas de 40 años de edad para el 1° de abril de 1994 lo cierto es que ningún beneficio podía obtener por cuanto la demandante se afilió al sistema solo hasta 1998.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición

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 5 de abril de 1953 (pág. 25, archivo 2 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2010, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante OLD MUTUAL hoy SKANDIA el 4 de marzo del 2020 y ante COLPENSIONES el 28 de febrero del 2020 (Págs. 18 a 22 y 23 a 24 ibidem), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, se tiene, la actora 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, ni tan siquiera se encontraba afiliada al régimen de prima media ya que su afiliación inició el 1° de

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”.

enero de 1998⁵ (Historia laboral expedida por Colpensiones archivo 06 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 **5 de febrero del 2001, con fecha de efectividad a partir del 1° de abril del 2001** (pág.38 y 48 Archivo 9 expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

5



Colpensiones
 Von por la Futuro Ego

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 mayo/2019
ACTUALIZADO A: 29 mayo 2019

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	05/04/1953
Número de Documento:	20524662	Fecha Afiliación:	01/01/1998
Nombre:	CONSTANZA DEL CONSUELO CARRILLO DE	Correo Electrónico:	
Dirección:	CALLE 9 N- 3-27	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Trasladado		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
899999328	MUNICIPIO DE FACATAT	01/01/1998	31/01/1998	\$819.000	4,14	0,00	0,00	4,14
899999328	MUNICIPIO DE FACATAT	01/02/1998	31/12/1998	\$847.000	47,14	0,00	0,00	47,14
899999328	MUNICIPIO DE FACATAT	01/01/1999	31/05/1999	\$983.000	17,14	0,00	0,00	17,14
899999328	MUNICIPIO DE FACATAT	01/06/1999	30/06/1999	\$990.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999328	ALCALDIA MUNICIPAL F	01/07/1999	31/10/1999	\$1.056.000	17,14	0,00	0,00	17,14
899999328	ALCALDIA MUNICIPAL F	01/12/1999	31/10/2000	\$1.056.000	46,86	0,00	0,00	46,86
899999328	ALCALDIA MUNICIPAL F	01/11/2000	31/12/2000	\$1.153.000	8,57	0,00	0,00	8,57
20524662	ANA FRANCISCA GONZAL	01/12/2000	31/12/2000	\$260.000	0,00	0,00	0,00	0,00
899999328	ALCALDIA MUNICIPAL F	01/01/2001	31/01/2001	\$974.000	4,29	0,00	0,00	4,29
899999328	ALCALDIA MUNICIPAL F	01/08/2002	31/08/2002	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								149,57

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁶, en los términos del artículo

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019,

⁷ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

“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».

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 demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se trasladó a PORVENIR S.A porque dicha entidad le indicó que el ISS se iba acabar y por ende no iba a tener pensión por lo que lo mejor era trasladarse de régimen, afirmó no haber recibido ninguna explicación sobre el beneficio del régimen de transición asegurando haber firmado los documentos que el asesor le suministró.

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

⁸ Audiencia del 6 de marzo del 2023, récord 13:37 Audio archivo 23.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (página 38 archivo 09 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. proporcionara 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 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 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 2001, 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 (5 de febrero del 2001, efectivo el 01 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 CSJ SL12136-2021, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar este punto a Porvenir si bien obra en el expediente el siguiente documento (pág. 39 Archivo 09 expediente digital), lo cierto es que con el mismo no se prueba el deber de información del que se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, pues el hecho de que se afirmara que la actora era beneficiaria del régimen de transición y que gozaba de un tratamiento especial, ratificándose en su decisión de traslado no implica per se que le se le

hubiera suministrado demás información pertinente y que ya se señaló en esta providencia cuando se trasladó

Anexo 1

Facatehua

16

01

de

2001

lugar

dia

mes

año

Señores:

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Dirección de Afiliaciones y Tráslados.
Bogotá.

Respetados Señores:

Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S. A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran íntegramente bajo el esquema de la ley 100 de 1993, les ratifico mi decisión de vincularme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen.

Cordialmente;

Constanza Carrillo de Gutierrez

Nombre.

Identificación CC. No. 20'5244602

Firma.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Historial vinculaciones SIAFF pág. 68 archivo 07 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 reporte SIAFP (página 121, archivo 09).

Frente al 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:

21

«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 SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora, de todos

los conceptos que conforman su cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, junto con los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades con destino a COLPENSIONES, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Del mismo modo se confirma la orden de devolución de estos conceptos a PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN.

En esta dirección debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones que se 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.

Por otro lado, 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

Frente a la orden de la devolución de los gastos de administración, objeto de apelación de PORVENIR S.A y SKANDIA S.A., así como los seguros previsionales, se ha de indicar 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 (...)».

Y con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos en esta alzada tanto de PORVENIR como de SKANDIA, incluidos los gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, 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 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (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 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 la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Pág. 24, *Archivo 05 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 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de noviembre del 2022, «*Archivo 13 expediente digital*».

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

Agotada la competencia de la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

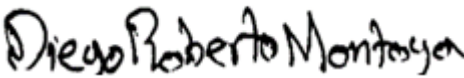
R E S U E L V E

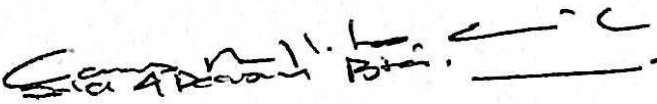
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución por parte de las AFP accionadas, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio, 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


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

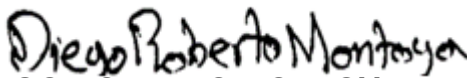
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA MALFI PEREZ
PEÑA ACOSTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (17 2021 00198 01).**

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **EPSON MATEO GALLAR ADAIME** como apoderado sustituto de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido por **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 5 de mayo del 2023 («Audio archivo 18», récord 35:28), en la que se resolvió:

*«**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO** de la señora **MARIA MALFY PÉREZ PEÑA** identificada con la C.C. 26.571.440, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; lo anterior según lo considerado.*

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora **PÉREZ PEÑA**, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que Colpensiones tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A como actual administradora de fondo de pensiones a la cual se encuentra vinculada la demandante a trasladar a **COLPENSIONES** todos los conceptos que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras administradoras de fondos de pensiones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración descontados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, según lo expuesto en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe a favor del demandante la AFP PORVENIR S.A., y a convalidarlos en su historia laboral, autorizando a Colpensiones a desplegar todas las actuaciones administrativas en procura de obtener la devolución de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante según lo analizado.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS procesales a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de **COLPENSIONES** remítase el expediente al Superior una vez concluya la presente audiencia».

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

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A., apeló la decisión solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero debidamente indexadas pues ello resulta incompatible y excluyente con los rendimientos que se han generado los cuales son superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media, precisando se debe tener en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali dentro del proceso 2022-562 que revoca la condena por indexación, precisando imponer esta condena genera una doble sanción pues reitera los rendimientos obtenidos en la AFP superan con creces la pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales. («Audio archivo 18», récord 38:30¹)

¹ **PORVENIR:** “De manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación parcial frente al número cuarto de la sentencia y específicamente frente a la orden que si le da a mi representada de devolver las sumas debidamente indexadas. Este recurso lo sustento con los siguientes argumentos, en la sentencia, SL 9316, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, precisó que la indexación: “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo,

A su turno, COLPENSIONES apeló la decisión en torno a la condena en costas, señalando para tal efecto no ser procedente de acuerdo a la naturaleza del proceso, máxime que Colpensiones no participó en el negocio jurídico de traslado, aunado a que el formulario de afiliación es plenamente válido. En tal sentido, solicita que se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condene en costas en segunda instancia («Audio archivo 18», récord 40:17²)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 4 «Archivo 19 expediente digital GJR-NOT-AF-2021_4775366-20210426062931»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 y 3, ib.), aspirando principalmente se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a Porvenir en diciembre de 1998, en consecuencia se condene a dicha AFP a devolver a Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido por causa y con ocasión de la afiliación, esto es, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM,

dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”, en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar la rentabilidad mínima, las cuentas de ahorro individual de cada 1 de sus afiliados resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorros de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, le han generados rendimientos muy superiores al demandante a los que se garantizan en el régimen de prima media.

Al respecto, el Tribunal Superior de Cali, dentro del proceso con radicado 2022 562 del 20 de enero de 2022 indicó respecto de la indexación, “La sala considera que no hay lugar a dicha posición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los volúmenes a retornar”. En ese orden de ideas, ordenar que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero, sin duda imponer una doble sanción a mi representada por cuanto sin razón alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada desde el acto jurídico que se celebró el demandante, supera con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, representados en los aportes previsionales. Es por estas razones, señores magistrados, que les solicito de manera respetuosa que se revoque en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, la orden que se le da a mi representada de devolver las sumas debidamente indexada en esos términos, señor juez, dejó presentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.”

² **COLPENSIONES:** “Presentó recurso de apelación frente a la condena en costas ya que no es procedente de acuerdo a la naturaleza del proceso que se pueda demandar por no ser la actual administradora, siendo la actual administradora quien tenga que devolver los aportes de la demandante. Entonces es claro que el profesional no puede aceptar el traslado, pues el formulario de afiliación es plenamente válido de acuerdo a las leyes además Colpensiones no participó en el acto jurídico y no puede ser condenado en costas, siendo procedente se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia y no se condene en segunda instancia. Gracias”.

rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES activar sin solución de continuidad la afiliación y a recibir todos los aportes y rendimientos efectuados al RAIS, condenas *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 la actora a PORVENIR S.A., ordenándole trasladar a COLPENSIONES todos los conceptos que conforman la cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por las otras AFP's, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades, así mismo ordeno a COLPENSIONES a recibir el traslado de los fondos y convalidarlos en su historia laboral. De modo que declaro la ineficacia, tras considerar que la AFP demandada PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la actora al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin.

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

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de enero de 1967 (pág. 12, archivo 3 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 21 de abril del 2021 y ante COLPENSIONES el 26 de febrero del 2021 (Págs. 4, 10 y 11 Archivo 03 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y 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 que de acuerdo con el parágrafo del artículo 151⁴ 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, no se encontraba afiliada al sistema, pues efectuó su primer aporte al ISS el 1° de septiembre de 1995 con el Hospital Departamental San Antonio (*Historia laboral válida para bono pensional* pág. 77 Archivo 06

⁴ 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.

expediente digital⁵), 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 **30 de noviembre de 1998, con fecha de efectividad a partir del 1° de enero de 1999** (págs. 75 y 82 Archivo 6 expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

5

RESUMEN HISTORIA LABORAL



Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observación
N 891180134	HOSTAL DPTAL SAN ANTONIO	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/09/1995	30/04/1996	243	\$262,000	
N 891180134	HOSPITAL DPTAL SAN ANTONIO	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/05/1996	31/07/1996	92	\$322,000	
N 891180134	HOSPITAL DPTAL SAN ANTONIO	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/08/1996	31/08/1996	31	\$482,000	
N 891180134	HOSPITAL DPTAL SAN ANTONIO	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/09/1996	31/05/1997	273	\$322,000	
N 891180134	HOSPITAL DPTAL SAN ANTONIO	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/06/1997	12/06/1997	12	\$379,000	
N 800097098	ALCALDIA MUNICIPAL CENTRO DE SALUD	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	23/01/1998	31/01/1998	9	\$114,000	
N 800097098	ALCALDIA MUNICIPAL	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/02/1998	28/02/1998	28	\$428,000	
N 800097098	ALCALDIA MUNICIPAL	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/03/1998	15/07/1998	137	\$501,000	

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994

HISTORIA TOTAL

LABORADOS			LICENCIAS / MORAS			SIMULTANEOS			LABORADOS			LICENCIAS / MORAS			SIMULTANEOS		
Días	Semanas		Días	Semanas		Días	Semanas		Días	Semanas		Días	Semanas		Días	Semanas	
0	0,00		0	0,00		0	0,00		825	117,86		0	0,00		0	0,00	
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS																	
DÍAS: 0			SEMANAS: 0,00			DÍAS: 825			SEMANAS: 117,86								
El número de semanas se calculó con días calendario																	

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

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

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

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

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019,

⁷ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

“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 prestaciones”.

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

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

ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que, en el año 1998 cuando trabajaba en el Municipio de Isnos como enfermera llegó un asesor de PORVENIR realizó una charla grupal y les dijo que el ISS se iba acabar y que con 20 años de trabajo se podía pensionar sin importar la edad razón por la cual firmó el formulario.

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

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

⁸ Audiencia del 4 de octubre del 2022, récord 13:07Audio archivo 13.

afiliación a PORVENIR S.A. (página 83 archivo 06 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 demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR S.A. proporcionara 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado 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 (30 de noviembre de 1998, efectivo el 01 de enero de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2021, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora, de todos los conceptos que conforman su cuenta individual tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos, rendimientos e intereses, junto con los gastos y comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y valores utilizados en seguros previsionales, los cuales deberá devolver debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades con destino a COLPENSIONES, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

En esta dirección debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones se 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.

Por otro lado, 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.

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado punto 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. Con lo cual, también se descarta lo apelado en tal sentido por la AFP PORVENIR, pues los rendimientos financieros no suplen la corrección que acá se ordena.

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

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

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

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Pág. 20, *Archivo 05 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 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 esta 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 ésta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso,

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 8 de noviembre del 2021, *«Archivo 07 expediente digital»*.

por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

Agotada la competencia de la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

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 por parte de la AFP accionada, 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 objeto de estudio, 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

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

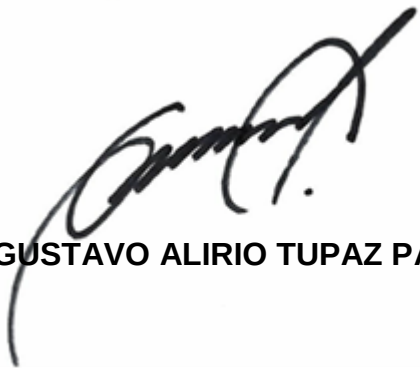
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ARIEL LADINO
HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 18 2021 00042 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El Magistrado **Dr. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**, integrante de la Sala de decisión, pone en conocimiento y manifiesta estar incurso en la causal enlistada en el numeral 2° del artículo 141 del CGP.

Lo anterior, habida cuenta que, al entrar al estudio de fondo del proceso ordinario de la referencia, se encuentra que profirió auto mediante el cual inadmitió la demanda como titular del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá; por lo dicho, incurre en la causal antes anotada, declarándose por ende impedido para conocer del presente proceso.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AUTO

De acuerdo a lo anterior, y conforme a la causal prevista en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, que establece:

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

(...)

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

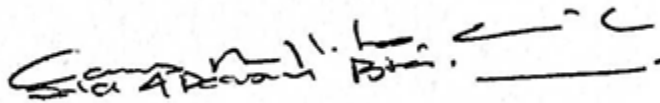
Como quiera que en efecto el Magistrado Dr. **GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**, como Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, profirió auto mediante el cual inadmitió la demanda, resulta evidente que se encuentra configurada la causal manifestada por el Magistrado (numeral 2 del artículo 141 del C.G.P.), razón suficiente para aceptar el impedimento referido, procediendo en consecuencia los demás integrantes de la Sala de decisión.

En atención al contenido del inciso 4º del artículo 140 del C.G.P., se admite el impedimento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



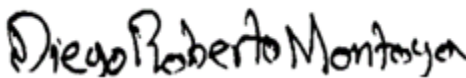
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de representante legal suplente de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 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 demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de mayo de 2023 (*Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital récord: 1:07:31*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor JORGE ARIEL LADINO HERNÁNDEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 17.312.516, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, efectuada el día **1 de junio de 1994**, con fecha de efectividad el **1 de julio del mismo año**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **JORGE ARIEL LADINO HERNÁNDEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 17.312.516, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **JORGE ARIEL LADINO HERNÁNDEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 17.312.516, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, **IBC**, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha **14 de junio de 1989**, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante señor **JORGE ARIEL LADINO HERNÁNDEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 17.312.516, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A** en favor de la parte demandante en la suma de **\$1.500.000**. Sin costas a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el Superior”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que el demandante guardó silencio por más de 25 años, hasta la fecha de la reclamación administrativa respecto de la información que le fue proporcionada en junio de 1994 por parte de la AFP, lo que permite denotar un abandono respecto al asunto pensional, situación que se verifica en el interrogatorio de parte efectuado al actor.

Añadió, es indiscutible que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria y que además nunca se sintió coaccionado para efectuarlo, estando de acuerdo con la decisión y el material probatorio allegado a la diligencia no pudiendo probarse la falta de asesoría. Igualmente, adujo, el actor faltó al deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero dada la naturaleza del fondo privado, en el cual se encuentra válidamente afiliado, tal y como lo prevé el Decreto 2241 del 2018 en su artículo 4°, por lo que es claro que en la actualidad no recaen responsabilidades en las demandadas.

De otro lado, expuso sobre el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, que justamente es un periodo de carencia planteado por el legislador el cual se creó con el objeto de evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media e incluso que no se vieran afectadas las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional. Esto, sumado al principio de equidad consagrado en el artículo 295 de la carta política y el de eficiencia pensional.

Finalmente señaló que con el traslado de régimen no se afectó ninguna garantía ni derecho adquirido o expectativa legítima de pensionarse pues a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1994 no contaba con las semanas exigidas y solo tenía

37 años de edad, solicitando por ende se revoque la sentencia de primer grado.
(*Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital récord: 1:10:11¹*).

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 5 y 6, archivo 1 Expediente Digitalizado*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8, ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada del RPM al RAIS en junio de 1994 ante Protección S.A. por existir engaño y engaño a su buena fe, en consecuencia se ordene a la AFP retornarlo de régimen

¹ APODERADA COLPENSIONES

Gracias señor Juez me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir el despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revoque la sentencia en su integridad, igualmente solicitó a la honorable sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto de los puntos de condena que afectan a mi representada.

El recurso de apelación lo sustente en el sentido de apartarme de la interpretación otorgada por el despacho, pues en principio debe tenerse en cuenta que el señor demandante guardo silencio por más de 25 años hasta la fecha de la reclamación administrativa respecto a la información que le fue proporcionada por parte del fondo privado en junio del 94, lo que permitió por parte del mismo un abandono respecto a su asunto pensional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto por el señor Ladino. Igualmente es indiscutible conforme al interrogatorio de parte, que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria y además no se sintió coaccionado y estuvo de acuerdo con la decisión. De material probatorio allegado a la diligencia no se pudo probar de manera indiscutible la falta de asesoría considerada por el señor juez de Primera Instancia, de la misma manera, es claro que en atención a su falta de diligencia y cuidado como consumidor financiero, dada la naturaleza del fondo privado en cual se encuentra válidamente afiliado, tal y como es precisado el decreto 2241 del 2018, artículo Cuarto, por lo que es claro que en la actualidad no se le pueden trasladar las responsabilidades únicamente a las aquí demandadas.

De otro lado debe tenerse en cuenta, lo considerado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, lo que requiere el cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización del fondo común en el régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí estuvieron cotizando a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio previsional, esto último en virtud del concepto del principio de equidad, consagrado en el artículo 295 de la carta política de suficiencia pensional.

Finalmente, se pone de presente que con el traslado de régimen pensional efectuado por el señor Ladino para el año 94, no se efectuó ninguna garantía, derecho adquirido, expectativa legítima de pensionarse conforme lo precisa, el régimen de prima media pues se tiene en cuenta que la entrada en vigencia de la ley 100 el mismo contaba con 89,86 semanas y 37 años de cotización, por lo cual es claro que con el traslado, como le dije con antelación, no perdía ningún beneficio y se solicitaría, pues comedidamente a la honorable sala de decisión que se estudié claramente este caso en particular.

En estos términos, dejo planteado mi recurso de apelación, solicitando que en principio el señor juez conceda al mismo y posteriormente la sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia teniendo en cuenta los argumentos antes de esbozados, junto con los que fueron expuestos en un momento de dar contestación a la demanda con el único objeto de que se revoque integralmente, la sentencia proferida en el día de hoy, muchas gracias. Muchas gracias.

junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, igualmente se ordene a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A., suscrito el 1° de junio de 1994, con fecha de efectividad el 1° de julio del mismo año, se declaró que para todos los efectos legales el señor LADINO HERNANDEZ nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar dentro de los (45) días siguientes a la ejecutoria a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenando que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Igualmente, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 14 de junio de 1989, debiendo incluir dicha información en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, por último, se condenó en costas a las codemandadas. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado.

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

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 6 de enero de 1957 (*Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 83, Archivo 01 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 25 de octubre del 2019 (*páginas 112 a 117 y 128 a 133, Archivo 01 del expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 683.14 semanas cotizadas al sistema que (*Historia Laboral valida para bono pensional Archivo 7 expediente digital página 69*)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 bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las

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

³

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4782	683.14	0	0.00	0	0.00	4845	692.14	1	0.14	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 4782		SEMANAS: 683.14		DIAS: 4844		SEMANAS: 692.00					

documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de solicitud el **1° de junio de 1994**, efectivo el **1° de julio de 1994** (SIAFP, Ver Página 124, archivo 7 del expediente digital y FORMULARIO pág. 140 Archivo 01 expediente digital) por afiliación que hiciera a la entonces AFP PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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,

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

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 demandante 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1994 cuando ingreso a trabajar a PROTECCIÓN le dijeron que debía afiliarse a su

⁶ Interrogatorio Demandante, audiencia 16 de mayo del 2013, récord: 26:12 (Archivo 15)

propio fondo de pensiones por fidelidad y porque además allí iba a obtener mejores rendimientos pues tendría una cuenta individual en la que podría ahorrar más dinero para obtener una mejor pensión que en el ISS.

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 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.

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 PROTECCIO S.A. (página 140 archivo 01 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 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.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1994**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (solicitud del 1º de junio de 1994, efectiva el 1º de julio de 1994), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo -25 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PROTECCIÓN, 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP 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 los bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como también deberá activarse su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior PROTECCIÓN S.A. también deberá retornar los **gastos de administración y comisiones**

debidamente indexados, 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.**”*

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por otro lado y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que 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 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 COLPENSIONES⁷ (Página 21, archivo 09 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

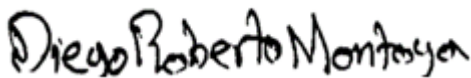
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** retornar los **gastos de administración y comisiones**, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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.

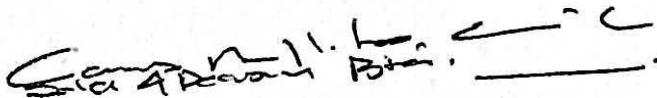
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 17 de febrero del 2023, archivo 9 del expediente digital.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

CONIMPEDIMENTO

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NOHORA YITH
MARTINEZ LARA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COMO VINCULADA
PROTECCIÓN S.A. (RAD. 20 2020 00400 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos por la demandante, Porvenir y Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 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 PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 26 de mayo del 2023 (*archivo 28 expediente digital, récord 33:02*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora NOHORA YITH MARTINEZ LARA a la AFP PORVENIR el 6 de abril de 1994, y sus posteriores traslados horizontales a DAVIVIR hoy PROTECCION el 8 de septiembre de 1995 y nuevamente su retorno a PORVENIR el 14 de marzo de 1997 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante NOHORA YITH MARTINEZ LARA para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR DEVOLVER los aportes (inaudible) de cotizaciones a pensiones de NOHORA YITH MARTINEZ LARA, junto con los

rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión REMÍTASE el proceso al superior de Bogotá, Sala Laboral para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad y régimen de pensiones del cual es garante la nación.”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló¹, al trasladarse la demandante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, se

¹ **“Recurso Colpensiones (récord, 44:13):** “Señoría, por parte de COLPENSIONES me permito interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Laboral de Bogotá revoque la sentencia por su despacho proferida conforme a los siguientes, señores magistrados, al trasladarse la demandante del Régimen de Ahorro Individual, al Régimen de Prima Media, se está vulnerando la prohibición legal que nos indica que una persona que le falta menos de 10 años para acceder a la pensión, no puede trasladarse de régimen pensional, por ende COLPENSIONES, se negó a dicha solicitud, debe mantenerse en el régimen en el que está el cual es el régimen de ahorro individual, y es este quien debe pensionarla.

Ahora bien, su Señoría y señores Magistrados, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia de traslado, indicada por el a quo, esta defensa tiene que manifestar lo siguiente, el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales, no se evidenció que hubiera error, fuerza o dolo en dicho traslado, la falta de información que alega la señora demandante es más una posición en la cual quieren dar una teoría de un caso en el cual indica que no se le dio información, indica que no llenó el formulario, pero pues como se evidenció en el marco del proceso, si en verdad no firmó la afiliación con PORVENIR, pues no fue objeto del debate probatorio, no vino esto en el proceso, además, que en este caso, tenemos que la posición de y como se evidenció en el interrogatorio de parte es una posición más, después de una asesoría, la demandante sabe que declarar una o más bien alegar una supuesta desinformación conllevaría una declaratoria ineficacia y es lo que se está buscando en este proceso, como quedó evidenciado, por lo cual, su señoría y al haberse hecho el traslado con el lleno de los requisitos legales, reitero a voluntad de la señora, este traslado debe entenderse como eficazmente o eficaz.

Ahora bien, señores Magistrados, tampoco se evidencia que haya una lesión injustificada en el derecho pensional de la demandante, ya que pues tanto en uno como en otro régimen, cuando cumpla los requisitos y haga la solicitud de respectivas, va a acceder a la pensión entonces no se está vulnerando el derecho constitucional de la pensión o de la seguridad social, de la señora demandante, lo que la trae el proceso es más que eventualmente podría recibir una mesada pensional más alta en el régimen de prima media, pero en cuanto a esto, afecta la sostenibilidad financiera del sistema, hay que tener en cuenta que los dineros que maneja, COLPENSIONES del régimen de prima media, son dineros subsidiados, los cuales depende tanto las pensiones pagadas en este momento las futuras pensiones y la misma sostenibilidad financiera del sistema y se está poniendo por encima el interés de sus particulares en caso de la demandante, que quiere alegar una desinformación sabiendo que bueno para saltársela, y sabiendo que ya legalmente no puede trasladarse de régimen, hoy está afectando el interés general de otras personas válidamente afiliadas al sistema general de pensiones.

Ahora bien, señores magistrados, de ratificarse la sentencia de primera instancia y declarar la ineficacia del traslado, le solicitó en cuanto a la condena en costas no sea impuesta, ya que Colpensiones, no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen que realizo de lo que indica la parte demandante, que pues no se le dio la doble asesoría y que recordarle también al profesional, al abogado de la parte

está vulnerando la prohibición legal que nos indica que una persona que le falta menos de 10 años para acceder a la pensión no puede trasladarse de régimen pensional, por ende, COLPENSIONES, se negó a dicha solicitud, debiéndose mantener en el régimen en el que está el cual es el régimen de ahorro individual, y es éste quien debe pensionarla.

Narró, el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales, no se evidenció que hubiera error, fuerza o dolo en dicho traslado, la falta de información que alega la demandante es más una posición en la cual quiere argumentar una teoría de un caso en el cual indica que no se le dio información, indica que no llenó el formulario, pero como se evidenció en el marco del proceso, si en verdad no firmó la afiliación con PORVENIR, este hecho no fue objeto del debate probatorio, además, la demandante sabe que alegar una supuesta desinformación conllevaría una declaratoria de ineficacia y es lo que se está buscando en este proceso, por lo cual, al haberse hecho el traslado con el lleno de los requisitos legales, reitero, a voluntad de la señora, este traslado debe entenderse como eficaz.

Adicionó, tampoco se evidencia que haya una lesión injustificada en el derecho pensional de la demandante, ya que tanto en uno como en otro régimen, cuando cumpla los requisitos y haga la solicitud respectiva, va a acceder a la pensión entonces no se está vulnerando el derecho constitucional de la pensión o de la seguridad social, lo que la trae el proceso es más que eventualmente podría recibir una mesada pensional más alta en el régimen de prima media, pero en cuanto a esto, afecta la sostenibilidad financiera del sistema, hay que tener en cuenta que los dineros que maneja, COLPENSIONES del régimen de prima media, son dineros subsidiados, los cuales depende tanto las pensiones pagadas en este momento como las

demandante que pues Colpensiones no estaba obligada a dar la doble asesoría, está calidad o está condición, nació mucho después de haberse realizado dicho traslado inicial y en cuanto a la no devolución de los gastos de administración y el seguro provisional, señores magistrados, si se da o si se ratifica la sentencia de primera instancia y se declara la ineficacia del traslado, pues que este traslado nunca nació a la vida jurídica y Colpensiones debió de haber manejado todo este tiempo sus dineros, además que si se da dicha declaratoria de ineficacia, si se ratifica, sería a cargo de las partes que no dieron la información que debían dar, en este caso las AFPS, y sería premiar dicho traslado viciado dejándoles cualquier tipo de rubro en sus arcas, por lo cual solicitó, que en caso de ratificar la sentencia, sean devueltos los dineros en su totalidad, como ya hay pronunciamientos tanto del tribunal como del órgano del cierre, en ese sentido, su señoría, muchas gracias, señores magistrados, muchísimas gracias.”.

futuras pensiones y la misma sostenibilidad financiera del sistema y se está poniendo por encima el interés de sus particulares en caso de la demandante, quien quiere alegar una desinformación que legalmente no puede trasladarse de régimen, hoy está afectando el interés general de otras personas válidamente afiliadas al sistema general de pensiones.

Por otra parte adujo, de ratificarse la sentencia de primera instancia y declararse la ineficacia del traslado, solicitó en cuanto a la condena en costas no sea impuesta, ya que Colpensiones, no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen que realizó la parte demandante, pues Colpensiones no estaba obligada a dar la doble asesoría, esta calidad o esta condición, nació mucho después de haberse realizado dicho traslado inicial y en cuanto a la no devolución de los gastos de administración y el seguro provisional, si se da o si se ratifica la sentencia de primera instancia y se declara la ineficacia del traslado, debe entenderse que este traslado nunca nació a la vida jurídica y Colpensiones debió de haber manejado todo este tiempo sus dineros, además si se da dicha declaratoria de ineficacia, sería a cargo de las partes que no dieron la información, en este caso las AFPS, y sería premiar dicho traslado viciado dejándoles cualquier tipo de rubro en sus arcas, por lo cual deben ser devueltos los dineros en su totalidad.

Por su parte, PORVENIR manifestó², durante el desarrollo del proceso, no se demostró que Porvenir hubiere faltado al deber de información, es más quedó

² **Recurso Porvenir, (récord, 49:04):** “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia por usted proferida en el día de hoy, argumentando los señores magistrados en que en el proceso, durante todo el desarrollo del mismo, no se demostró que Porvenir hubiere faltado al deber de información, es más quedo en evidencia durante el proceso, que lo alegado por la demandante, la señora Nohora Martínez, y lo demostrado a partir del interrogatorio de parte, no guarda ninguna concordancia una con la otra, ya que esta desde la demanda manifestó que los asesores de PORVENIR concretamente no le habían brindado información alguna, pero en el interrogatorio de parte manifiesta algo totalmente contrario a lo indicado en la demanda, indica que ella no estuvo con asesores, que nunca firmó el formulario que la firma del formulario no corresponde a la de ella, es decir, sería falsa y sí mismo, el apoderado de esta, en sus alegatos de conclusión afirma que, en efecto, la firma de la demandante no corresponde a la que esta tiene a la que es suya y que presentó un proceso laboral simplemente porque el proceso penal era más demorado, en ese caso, señores Magistrados, es evidente la falta de lealtad procesal de la demandante y de su apoderado, asimismo, no habría lugar a declarar la ineficacia porque ellos fundamentan, está solicitud en la falta de información, la cual en caso de que la firma del formulario hubiese sido falsa, pues ni siquiera se presentó, asimismo PORVENIR, tiene canales virtuales y presenciales, a los cuales la demandante directamente pudo haber tramitado un proceso por falsedad en el formulario, la cual hubiese sido resuelta administrativamente por Porvenir, pero la demandante no se preocupó por su derecho pensional ni durante el tiempo que estuvo con Porvenir, ni de los 7 años que argumenta estuvo fuera del país, y, asimismo su apoderado, tampoco busco los medios adecuados para demostrar el inconveniente que había en la posible afiliación con Porvenir, para lo cual me permito citar muy

evidenciado que lo alegado por la demandante y lo demostrado a partir del interrogatorio de parte, no guarda ninguna concordancia, ya que desde la demanda manifestó que los asesores de PORVENIR concretamente no le habían brindado información alguna, pero en el interrogatorio de parte manifestó algo totalmente contrario, indicó que ella no estuvo con asesores, que nunca firmó el formulario, que la firma del formulario no corresponde a la de ella, es decir, sería falsa y así mismo, el apoderado de esta, en sus alegatos de conclusión afirmó que, en efecto, la firma de la demandante no corresponde y que presentó un proceso laboral simplemente porque el proceso penal era más demorado, siendo evidente la falta de lealtad procesal de la demandante y de su apoderado.

Asimismo, refutó, PORVENIR tiene canales virtuales y presenciales, a los cuales la demandante directamente pudo haber tramitado un proceso por falsedad en el formulario, la cual hubiese sido resuelta administrativamente pero la demandante no se preocupó por su derecho pensional ni durante el tiempo que estuvo con Porvenir ni de los 7 años que argumentó estar por fuera del país. Asimismo, tampoco se buscaron los medios adecuados para demostrar el inconveniente que había en la posible afiliación con Porvenir, para lo cual me permito citar muy brevemente una decisión del Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 31 de marzo de 2021, con el magistrado ponente Hugo Ríos Garay, en un proceso de radicado No. 38 2020 00265 01, *“así las cosas, este Tribunal comparte la decisión del a quo, por cuanto a los hechos de la demanda indica que Porvenir no cumplió con su deber de información, llegó a*

brevemente una decisión del Tribunal Superior de Bogotá en decisión del 31 de marzo de 2021, con el magistrado ponente Hugo Ríos Garay, en un proceso de radicado 38 2020 00265, en el cual abro comillas “ así las cosas, este Tribunal comparte la decisión del a quo, por cuanto a los hechos de la demanda indica que Porvenir no cumplió con su deber de información, llegó a cuestionar la capacitación de sus asesores y la omisión de asesoría sobre aspectos claves para tomar una decisión informada, no obstante, dichos supuestos fácticos y omisiones fueron todos ellos desvirtuados con el dicho de la demandante siguiente forma contundente indicó que no participó en modo alguno, los asesores de Porvenir en el acto de traslado del RAIS, los supuestos fácticos expresados en la demanda y que fueron discutidos en el juicio no corresponden con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se practicó el traslado del RAIS”.

Este apartado que tiene concordancia con lo que ha sucedido en este proceso, por lo cual Señores magistrados solicitó muy respetuosamente, se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de lo condenado en primera instancia, muchas gracias”.

cuestionar la capacitación de sus asesores y la omisión de asesoría sobre aspectos claves para tomar una decisión informada, no obstante, dichos supuestos fácticos y omisiones fueron todos ellos desvirtuados con el dicho de la demandante siguiente forma contundente indicó que no participó en modo alguno, los asesores de Porvenir en el acto de traslado del RAIS, los supuestos fácticos expresados en la demanda y que fueron discutidos en el juicio no corresponden con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se practicó el traslado del RAIS”.

Este apartado tiene concordancia con lo que ha sucedido en este proceso, por lo cual solicito se revoque la decisión de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 5, archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 4, *ibidem*), aspirando se declare:

DECLARATORIAS

1. Solicito se efectúe la totalidad del traslado de aportes de Porvenir a Colpensiones.
2. Solicito de oficio cual sería el monto de ingreso base de liquidación (IBL) por parte del fondo privado

CONDENATORIAS

3. Solicito se efectúe la nulidad de traslado del Régimen de Prima media Con Prestación Definida Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual Porvenir.
4. Solicito se efectúe la vinculación de mi mandante al Régimen de Prima Media Colpensiones.
5. Se ordene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, se declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con

prestación definida, se ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado. No ordenó la restitución de los gastos de administración pues no fueron objeto de petición en el libelo demandatorio.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 09 de enero de 1962 (*página 16, archivo 01 expediente digital*) por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de julio de 2020 (*Páginas 28 y 28 archivo 01 expediente digital*) y PORVENIR el 02 de julio de 2020 (*Páginas 31 y 32 archivo 01 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,

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

contaba apenas **490** semanas⁴ (*páginas 115 y 116 archivo 14 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 **06 de abril de 1994**, efectivo el **1º de mayo de 1994** (*Página 77 y 79 Archivo 01 expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

4

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
3430	490.00	0	0.00	0	0.00	3460	494.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					

M

Resumen Historia Laboral

DÍAS:	3430	SEMANAS:	490.00	DÍAS:	3460	SEMANAS:	494.29

El número de semanas se calculó con días calendario

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 tunc⁵, en los términos del artículo

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

1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver

«todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la

posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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.

(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera

⁷ ***Interrogatorio Demandante, récord 16:13, archivo 22 del expediente digital:*** “Yo no hice ninguna afiliación a este fondo, o tengo presente haber firmado un formulario para este trámite, ningún fondo tengo conocimiento, yo estuve viviendo fuera del país, cuando regresé al vincularme laboralmente me indican que estaba en un fondo privado en el 2008, no hice nada al respecto, en ese momento no ahonde en ese tema, en el 2020 me comuniqué con el fondo privado e indague de las condiciones de pensión y me dijeron que la mesada seria el salario mínimo, estuve en desacuerdo con eso porque no tuve información de como seria mi pensión, aparecen los aportes porque se hizo un formulario y se diligenció pero no corresponde a mi firma, nunca tuve conocimiento que el documento lo habían diligenciado, no estoy de acuerdo que se haya hecho el traslado sin mi conocimiento, no tengo conocimiento de afiliaciones, yo hice un cambio de trabajo, cambié de empresa en el año 1995, no tengo conocimiento de afiliaciones, no

las implicaciones de su traslado de régimen pues informó que nunca suscribió un formulario de afiliación, desconociendo entonces las características propias de cada régimen pensional.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 79, Archivo 14 expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

recuerdo haber recibido extractos, no tengo conocimiento de pensiones, no sé cuál es la norma, estuve 7 años por fuera del país, no tengo conocimiento de aportes”.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y

transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (06 de abril de 1994, efectivo el 1º de mayo de 1994) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos

para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A.⁸, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*según registro SIAFP*), 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, siendo punto de apelación de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR y PROTECCIÓN deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades¹⁰, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

⁸ La señora NOHORA YITH MARTINEZ LARA se trasladó a la AFP PORVENIR el 6 de abril de 1994 y su traslado horizontal a la AFP ING DAVIVIR hoy PROTECCIÓN fue el 8 de septiembre de 1995 y nuevamente regresó a la AFP PORVENIR el 14 de marzo de 1997.

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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.

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Aunado a lo anterior, es de advertir a PORVENIR en punto a su 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.

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).

Respecto de las costas procesales y agencias en derecho, objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, 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 COLPENSIONES, 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 interpuesta por COLPENSIONES¹¹, (página 31 y 33, archivo 08 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, 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.

¹¹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de JULIO DE 2022 (archivo 16, expediente digital).

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

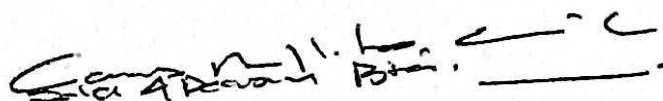
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA SUSANA GARZÓN AVELLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 20 2021 00516 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO**, como apoderado sustituto de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **JAHNNIK INGRID WEIMANN SANCLEMENTE**, profesional adscrito a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES 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 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 22 de junio del 2023 (*Audiencia virtual Art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 35:38, archivo 19 expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media, al de ahorro individual, efectuado por la señora MARÍA SUSANA GARZÓN AVELLA a COLPATRIA hoy PORVENIR y los posteriores traslados horizontales a PROTECCIÓN y a SKANDIA, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR cómo aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensión de MARIA SUSANA GARZON AVELLA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: en caso de existir aportes en la administradora PROTECCIÓN y en PORVENIR S.A., deberán ser trasladados a Colpensiones, a favor de la señora MARIA SUSANA GARZON AVELLA, solo en ese hipotético caso

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoada en su contra y a la llamada en garantía de la totalidad de ellas.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES, PROTECCIÓN y SKANDIA en costes, tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos a cuota aparte. De la misma manera, se condena en costas SKANDIA S.A y a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, tásense por la secretaria, incluyendo como agencia en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: REMÍTASE al Tribunal Superior de Bogotá, para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada Colpensiones, entidad y régimen general de pensiones, del cual es garante la nación.

La presente decisión queda legalmente notificada en el traslado a las partes”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló¹, al trasladarse a la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se

¹**Recurso Colpensiones, récord, 39:30:** “Me permito interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la sentencia por su despacho, proferida conforme a lo siguiente, su señoría y señores magistrados, la negativa de COLPENSIONES al traslado de Régimen se debe a que, pues la demandante se encuentra una prohibición legal para trasladarse, ya que cuenta con más de la edad y con la cual podría trasladarse, es decir, cuenta con más de 47 años legalmente, pudiendo trasladarse.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado del a quo, hay que tener en cuenta que este traslado se hizo con el lleno de los requisitos legales, las AFPS cumplieron con todos los protocolos y con toda la normativa vigente para el momento de cada traslado, el traslado se realizó a solicitud y por voluntad de la señora demandante que escogió libremente el régimen al que quería pertenecer, además que no hay una lesión injustificada al derecho pensional o el derecho a la seguridad social de la señora demandante, como se evidenció en su interrogatorio por las AFPS.

Lo que persigue es una pretensión meramente económica, lo que reiteró no vulnera el derecho constitucional a la seguridad social, ya que en uno u en otro régimen, cuando cumpla los requisitos para acceder a la pensión va a tener dicha garantía y en cuanto a la asimetría de la información, hay que tener en cuenta que la señora demandante no solamente tuvo una oportunidad, no en este caso que hubo tras varios traslados horizontales, tuvo varias oportunidades en los cuales fue informada sobre las particularidades del Régimen de Ahorro Individual, además que no solamente las AFPS, tenían ese deber de información, también cualquier persona, en este caso la demandante, cuando realiza un acto jurídico, tiene que procurar tener toda la información de lo que se está contratando, y a lo que se está obligando, ya que el contrato es ley para las partes, además, estos contratos de otros lados se realizaron con el lleno

está vulnerando la prohibición legal que prevé que una persona que le falta menos de 10 años para cumplir la edad no puede trasladarse de régimen pensional, prohibición en la que la demandante se encuentra inmersa, por ende, debe mantenerse en el régimen de ahorro individual.

Esgrimió, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia hay que tener en cuenta que el traslado de régimen se hizo con el lleno de los requisitos legales ya que las AFP'S brindaron la asesoría pertinente en su momento, con el lleno de los requisitos y conforme a derecho, no existiendo lesión injustificada en el derecho a la Seguridad Social de la aquí demandante. Asimismo, expuso, con la alta afluencia de personas que legalmente no pueden trasladarse de régimen porque la ley se los prohíbe, se está atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema, no pudiéndose poner por encima el interés de estos particulares ya que se afecta el interés general de las personas válidamente afiliadas al régimen de Prima Media y quienes han aportado por varios años, teniendo derecho a pensionarse por vejez y no los nuevos afiliados.

de los requisitos legales, con lo cual esta defensa considera que no existe esa asimetría en la información. También hay que tener en cuenta que, la alta afluencia de personas que legalmente, han escogido libremente el Régimen al que quieren pertenecer y están afiliados en estos casos al Régimen de Ahorro Individual y después de haber manejado toda su vida sus aportes como cuentas de ahorro individual privadas, en día que están a puertas de pensionarse, quieren trasladarse al régimen público, el régimen de prima media única y exclusivamente porque eventualmente podrían tener una mesada pensional más alta en este régimen, pues se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, está poniendo por encima del interés de esos particulares que la ley les está diciendo que legalmente, que ya no pueden trasladarse, es una prohibición legal y quieren alegar dicha información sabiéndose de las asesorías dadas por los abogados que pueden con esto llegar a una ineficacia de traslado y burlarse de la ley, lo que reitero está poniendo por encima el interés de esos particulares y está afectando el interés general de las personas válidamente afiliadas al sistema general de pensiones.

Ahora bien, señores magistrados, en cuanto a la condena en costas, le solicité de la sentencia de primera instancia, no sea condenado en costas Colpensiones, debido a que pues Colpensiones, no tuvo ninguna injerencia en el traslado, fue afectada de hecho, en su momento, cuando se realizó en el Instituto de Seguros Sociales, cuando se realizó los traslados, se le sustrajo un afiliado de sus marcas sin poderse oponer, porque legalmente pues se le estaba permitido hacer dicho traslado, además, hay que tener en cuenta que tanto la oposición al traslado cuando se realizó la reclamación administrativa del traslado, como la oposición a las pretensiones de la demanda, que Colpensiones, está actuando en estricto cumplimiento de un deber legal que decía que ya no se podía trasladar.

Y en cuanto a la no devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, solicito señores magistrados, igualmente de ratificarse en la decisión de primera instancia, se devuelvan todos los aportes, incluyendo cualquier suma que haya estado en poder de las AFPS, incluyendo estos gastos, debido a que pues si hablamos de una ineficacia del traslado, las cosas deberían volver al estado inicial y debería ser el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones quien debió haber manejado esos dineros en todo momento, además que, si se da una ineficacia, se ratifica la sentencia y se da ineficacia en el traslado, es oponible a las AFPS que no dieron la información que se tiene que dar en su momento y dejarles cualquier tipo de rubro en sus arcas sería premiar dichos actos que fueron viciados”.

Añadió, la actora persigue una pretensión meramente económica, sin que se vulnere el derecho constitucional a la seguridad social, ya que en uno o en otro régimen, cuando cumpla los requisitos para acceder a la pensión va a tener dicha garantía y en cuanto a la asimetría de la información, hay que tener en cuenta que la demandante realizó varios traslados horizontales, teniendo varias oportunidades para ser informada sobre las particularidades del Régimen de Ahorro Individual.

Por otra parte, solicitó, de ratificarse la sentencia de primera instancia se absuelva de la condena en costas, debido a que, Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado y no podía oponerse al mismo al no celebrar contrato alguno. En cuanto a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales pidió se ordene su devolución, esto, acatando los pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal como del órgano de cierre.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*página 1, archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 2 a 3, ibidem*), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, se declare para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, se ordene el traslado de los aportes realizados por en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y AFP SKANDIA a cancelar las costas procesales, incluidas las agencias en derecho, se reconozca a la demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el

principio y poder del juez de extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media, al de ahorro individual, efectuado por la señora MARÍA SUSANA GARZÓN AVELLA a COLPATRIA hoy PORVENIR y los posteriores traslados horizontales a PROTECCIÓN y a SKANDIA, se declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, se ordenó a SKANDIA, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensión de MARIA SUSANA GARZON AVELLA junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, en caso de existir aportes en la administradora PROTECCIÓN y en PORVENIR S.A., deberán ser trasladados a Colpensiones, a favor de la señora MARIA SUSANA GARZON AVELLA, se absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoada en su contra y a la llamada en garantía de la totalidad de ellas, se condenó a COLPENSIONES, PROTECCIÓN y SKANDIA en costas, igualmente, se condenó en costas a SKANDIA S.A a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 24 de abril de 1964 (*Conforme se registra en el reporte de semanas cotizadas y en el hecho 1 de la demanda - Página 40, Archivo 05 y página 2 del archivo 01 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 14 de julio de 2021 (pág. 21 y 22, archivo 01), SKANDIA S.A. el 04 de junio de 2021 (pág. 25 a 27, ibidem), PROTECCIÓN y PORVENIR el 18 de mayo de 2021 (páginas 28 a 31, 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 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **366,7** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 05 expediente digital página 40*)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 bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante, 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 **06 de agosto de 1997**, efectivo el **01 de octubre de 1997** (*Páginas 69 y 71, Archivo 08 del expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.,

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

3

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Número de Documento:

Nombre:

Dirección:

Estado Afiliación:

Cédula de Ciudadanía

51740436

MARIA SUSANA GARZON AVELLA

KR 110 C BIS 73-26

Trasladado

Fecha de Nacimiento:

Fecha Afiliación:

Correo Electrónico:

Ubicación:

24/04/1964

24/03/1987

msusanag24@hotmail.com

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008218035	PERSONAL LTDA.	24/03/1987	08/08/1988	\$70.260	72,00	0,00	0,00	72,00
1008229690	SUPERSONAL LTDA.	10/08/1988	01/08/1994	\$400.000	311,86	0,00	0,00	311,86

específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los

elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR le indicaron en el año 1997 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a los 55 años, enfatizando en que no le dieron suficiente información, debiendo solo firmar el formulario ya que la reunión duró 30 minutos aproximadamente.

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 COLPATRIA hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

6 Interrogatorio Demandante, récord 20:47, archivo 18: “Soy tecnóloga en administración de Sistemas, me afilié a Colpatria porque los fondos de pensiones estaban haciendo propaganda en el año 1996, el asesor de Colpatria me informó que la afiliación quedaba lo mismo que en el ISS porque se iba acabar, no me informaron sobre intereses, me dijeron que era igual al ISS, dijeron que me pensionaría a los 55 años como en prima media, no me acerque a Colpatria porque era igual, en el 2002 me trasladé porque me dijeron que Protección tenía mejor interés y ganancias, era el manejo de dinero, el asesor de Protección me dijo eso, hice la investigación y me di cuenta que mi pensión bajaría y que no me dieron la información correcta, el ISS era el administrador de las pensiones y nos pensionaríamos con los 55 años y se debía tener 1000 semanas, me dijeron que era igual al ISS, que pasaban el bono, que era lo mismo, Colpatria era un fondo nuevo de pensiones, que era una administradora de fondos, si me dijeron que los aportes serina heredables, que era igual al ISS, la diferencia entre las AFP fue que me hablaban del bono pensional, que lo pagaban con rendimientos, yo entendía por bono que pasaban los aportes a la AFP, yo entendía que me liquidaban el bono pensional, siempre las reuniones fueron sencillas, duraron como media hora, me hablaron sobre extractos mensualmente, con Skandia pudo durar como 15 o 20 minutos, yo no leí los formularios, no realicé aportes voluntarios, no he solicitado la pensión, Colpensiones asumió el ISS, me dijeron que el ISS se acababa por eso no me trasladé después, siempre estuvo un asesor en la AFP, mi empleador no tuvo injerencia, recibí extractos de SKANDIA, para pensionarme es tener 57 años y 1300 semanas, no tengo comunicación con SKANDIA, me quiero trasladar porque me dijeron que no era igual al ISS, no es igual el monto de la mesada pensional, sobre la mesada me lo informó SKANDIA”.

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.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 69, Archivo 08 del expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, en especial, con lo relacionado dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (06 de agosto de 1997, efectivo el 1º de octubre de 1997) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,

pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Porvenir, Protección y Skandia, 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 (página 71, archivo 08).

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» (Negritillas 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 la afiliada dentro del mismo régimen.

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

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA deben devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas**

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

“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)

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera 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, 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, tal como se solicitó en la apelación. 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 COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.”

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 COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (páginas 30 y 31, archivo 05, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio

⁹ 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).

¹⁰ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 14 de abril del 2023 (archivo 09, expediente digital).

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.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *“se 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, son los resultados 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 las codemandadas.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN Y SKANDIA a devolver a

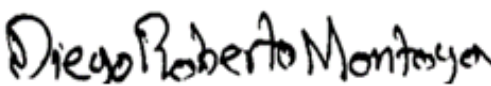
COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante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

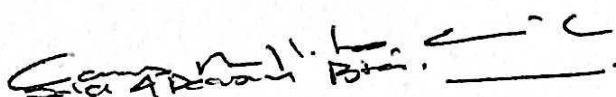
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA RADICADO: 110013105023202014301 DEMANDANTE : ANA CECILIA GARZÓN ARIAS DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: realizar liquidacion según instrucciones del despacho.			

	Tabla Mesada Pensional						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada asignada 50%	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 929.041,00			0,00	\$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 1.129.993,00			0,00	\$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 1.329.776,00			0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 1.551.849,00			0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 1.695.085,00			0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 1.843.405,00			0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 1.984.425,00			0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 2.123.136,00			0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 2.260.928,00			0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 2.385.279,00			0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 2.500.965,00			0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 2.613.008,00			0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 2.761.688,00			0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.973.509,00			0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 3.032.979,00			0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 3.129.124,00			0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 3.245.840,00			0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 3.325.038,00			0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 3.389.544,00			0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 3.513.601,00			0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.751.472,00			0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.967.182,00			0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 4.129.440,00	\$ 2.064.720,00		0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 4.260.756,00	\$ 2.130.378,00		0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 4.422.665,00	\$ 2.211.332,50		0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 4.493.870,00	\$ 2.246.935,00		0,00	\$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 4.746.425,00	\$ 2.373.212,50		0,00	\$ 0,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 5.369.156,00	\$ 2.684.578,00		0,00	\$ 0,0

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación viernes, 30 de junio de 2023 Recibe: _____

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA CECILIA GARZÓN
ARIAS CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL -UGPP- (RAD. 23 2020 00143 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada **GLORIA XIMENA ARELLANO
CALDERON**, como apoderada de la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, en los términos y para los efectos del
poder conferido, bajo escritura No. 0172 del 17 de enero de 2023 en la Notaria
Setenta y Tres (73) del Círculo de Bogotá D.C.

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 del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos
de apelación interpuestos por la demandante **ANA CECILIA GARZÓN ARIAS** y la
**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**,
así como el grado de consulta en favor de esta última, contra la sentencia

proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de febrero de 2023 (32Audiencia20230223, record:1:22:36), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Condenar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP** a reconocer a Ana Cecilia García Garzón Arias una sustitución pensional en proporción equivalente al 50% de la pensión que venía percibiendo el señor Ramiro Antonio Prieto García desde el 16 de abril de 2019 y hasta cuando se extinga el derecho de María Isabel Prieto en calidad de hija estudiante, momento a partir del cual la mesada pensional deberá acrecer en proporción a favor de la señora demandante. Para el efecto, se deberá tener a partir de esa fecha el 100% de las mesadas pensionales que venía disfrutando el causante.

El valor sería para el **2019** se liquidó en \$2.550.909,94, para el año **2000** \$2.2647.844,52, para el **2021** \$2.690.474,81, para el **2022** la suma de \$2.841.679,50. **2023** \$3.214.507,85.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP en reconocer a Ana Cecilia Garzón Arias, mesadas pensionales retroactivas desde el 1º de septiembre de 2019 o si se demuestra un pago posterior a partir del último pago que lo hubiesen efectuado a la señora Ana Cecilia, hasta el 31 de enero del 2023 y obviamente las que se causen en lo sucesivo, al ser una pensión vitalicia, teniendo en cuenta para los efectos el porcentaje y las cuantías antes relacionadas, sumas que deberán ser indexadas desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

TERCERO: AUTORIZAR a la UGPP efectuar los descuentos del retroactivo reconocido en los dineros correspondientes a cotizaciones de aportes al sistema de Seguridad Social en salud a cargo de la demandante para ser transferidos a la EPS correspondiente.

CUARTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás pretensiones incoadas por la señora demandante.

QUINTO: No hay costas en esta instancia.”

Inconforme con la decisión la demandante interpuso recurso de apelación¹, manifestando su inconformidad frente a los descuentos en salud ordenados,

¹ **Recurso Demandante, récord 1:24:55:** “Este extremo procesal, interpone el recurso de apelación en contra de los aportes a salud, toda vez que debo manifestar sobre el descuento al Sistema General de Salud, porque en el caso de FONCOLPUERTOS es un caso especial. Mi inconformismo se refiere a que al señor Ramiro Antonio Prieto García nunca le fue descontado de su mesada pensional, aportes a este sistema, toda vez que la Convención Colectiva de Trabajo, la prestación por concepto de jubilación nacional, no se efectúan descuentos de salud, puesto que estos corresponden a la salud alterna. Dichos aportes son asumidos por la nación, motivo por el cual no se encuentran discriminados ni en sus desprendibles de pago ni en los certificados de ingreso y retenciones.

Por lo anterior, solicito a los señores magistrados reconocer la sustitución pensional a mi representada en la misma manera en que la venía recibiendo el señor Ramiro Antonio Prieto García hasta el momento de su muerte y en la misma forma en que la mantuvo la señora Ana Cecilia Garzón hasta el mes de agosto. A ella nunca se le hicieron esos descuentos porque son asumidos por la nación por negociaciones convencionales, entonces solicito a los honorables magistrados, se revoque ese ítem sobre el pago a los aportes al sistema general de salud. Y que la señora Ana Cecilia Garzón continúe recibiendo, como venía recibiendo hasta el año 2019 la mesada pensional como sustituta pensional del señor Ramiro Antonio Prieto García, en un porcentaje del 50%. Gracias su señoría.”.

aduciendo que para el caso de FONCOLPUERTOS es un trámite especial. Reseñó, al señor Ramiro Antonio Prieto García nunca le fue descontado de su mesada pensional ningún valor por concepto de aportes a este sistema, toda vez que la Convención Colectiva de Trabajo previó dicha situación, quedando plasmado que los aportes son asumidos por la nación, motivo por el cual no se encuentran discriminados en los desprendibles de pago ni en los certificados de ingreso y retenciones.

Por lo anterior, solicitó reconocer la sustitución pensional en los mismos términos que la venía percibiendo el señor Ramiro Antonio Prieto García (q.e.p.d.) hasta el momento de su muerte y en la misma forma en que la mantuvo la señora Ana Cecilia Garzón hasta el mes de agosto, pues nunca se le hicieron esos descuentos porque son asumidos por la nación en virtud de las negociaciones convencionales.

Por su parte, la entidad demandada UGPP² sostuvo, las señoras Ana Cecilia Garzón y María Concepción (q.e.p.d.) solicitaron por separado y de forma exclusiva el derecho pensional y teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes en el expediente no es posible para la administración establecer las condiciones y los tiempos exactos de convivencia de cada una de las reclamantes con el causante, para la entidad no existió convivencia simultánea hasta el fallecimiento del pensionado, ocurrido el 16 de abril de 2019, según el Registro Civil de defunción, presentándose controversia simultaneidad en los tiempos que se pretenden hacer valer y acreditar como convividos con el causante.

² **Recurso UGPP, récord 1:27:16:** “Muchas gracias su señoría en esta oportunidad me permite interponer y sustentar recurso de apelación frente a la sentencia que ordena reconocer la sustitución pensional y, por lo tanto, se declara la prosperidad de las pretensiones.

Se sostiene su señoría que las señoras Ana Cecilia Garzón y María concepción solicitaron por separado y para así de forma exclusiva, el derecho pensional y teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes en el expediente no es posible para la administración establecer las condiciones y los tiempos exactos de convivencia de cada 1 de los reclamantes con el causante, reiterando que para mí representada ésta no existió que las señoras Ana Cecilia Garzón y María concepción, en calidad de compañeras permanentes del causante, convivieron simultáneamente con el mismo hasta el día de su fallecimiento, ocurrido el 16 de abril de 2019, según el Registro Civil de defunción, presentándose controversia simultaneidad en los tiempos que se pretenden hacer valer y acreditar cómo convividos con el causante.

En este orden de ideas, insistimos en que no se puede inferir de manera lógica que la demandante sea beneficiaria de la prestación pretendida, por tal motivo, mi representada no puede jurídicamente acceder al reconocimiento de la prestación, puesto que es claro que a la demandante no le asiste el derecho de recibir la pensión de sobrevivientes y, por lo tanto, consideramos que no debió extenderse las pretensiones de la demanda, muchas gracias, señoría.”.

En este orden de ideas, insistió, no se puede inferir de manera lógica que la demandante sea beneficiaria de la prestación pretendida, por tal motivo, no puede jurídicamente accederse al reconocimiento de la prestación, puesto que es claro que no le asiste el derecho de recibir la pensión de sobrevivientes.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANA CECILIA GARZÓN ARIAS, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 01 del expediente digital, página 5 y 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 3 a 5 del mismo archivo, solicitando:

1.- Se le ordene a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP o quien haga sus veces en el momento de la notificación, si no lo ha hecho, expedir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de sustitución pensional a favor de la señora **ANA CECILIA GARZON ARIAS**, en calidad de cónyuge supérstite del señor **RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA**.

2.- Se le ordene a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, incluir en nómina, si no lo ha hecho, a la señora **ANA CECILIA GARZON ARIAS**, en calidad de cónyuge supérstite del señor **RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA** (q.e.p.d.) en cuantía del 50 % de la mesada pensional a partir del 17 de abril de 2019.

3.- Se condene a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP en favor de la señora **ANA CECILIA GARZON ARIAS**, en calidad de cónyuge supérstite del señor **RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA**, a reconocer y pagar el valor de las mesadas pensionales causadas y no pagadas, en cuantía equivalente al 50% del valor mensual de la mesada, desde el 16 de abril de 2019 hasta la fecha de inclusión en nómina.

4.- Se condene a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, a reconocer y pagar el valor de los intereses moratorios causados y no pagados desde que cada mesada se hizo exigible hasta que se verifique el pago.

5.- Lo extra y ultra petita, que permita aumentar los montos solicitados y que se establecerán en el acápite de cuantía, respetando los derechos mínimos e irrenunciables del pensionado.

6.- Se condene a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, al pago de las costas y agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS: De no accederse a la pretensión concreta de los intereses moratorios en subsidio solicito:

A.- DE LA PARTE CONDENATORIA La indexación o corrección monetaria de conformidad con la Ley (Art. 178 C.C.A. (con la formula- Capital x Índice final/índice inicial) desde que cada una de las obligaciones susceptibles de este beneficio, se hicieron exigibles hasta cuando se verifique su pago.

Los hechos expuestos se encuentran soportados jurídicamente en:

Obteniendo sentencia favorable a sus pretensiones por cuanto, se condenó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- a reconocer a la señora Ana Cecilia García Garzón Arias una sustitución pensional en proporción equivalente al 50% de la pensión que venía percibiendo el señor Ramiro Antonio Prieto García desde el 16 de abril de 2019 y hasta cuando se extinga el derecho de María Isabel Prieto en calidad de hija estudiante, momento a

partir del cual la mesada pensional deberá acrecer en proporción a favor de la señora demandante. Para el efecto, se deberá tener a partir de esa fecha el 100% de las mesadas pensionales que venía disfrutando el causante, concretando el a quo que el valor de cada mesada asciende a las siguientes sumas: para el 2019 \$2.550.909,94, 2020 \$2.2647.844,52, 2021 \$2.690.474,81, 2022 la suma de \$2.841.679,50 y 2023 \$3.214.507,85. Igualmente, condenó a la UGPP a reconocer a Ana Cecilia Garzón Arias, las mesadas pensionales retroactivas desde el 1º de septiembre de 2019 o si se demuestra un pago posterior a partir del último pago que le hubiesen efectuado a la señora Ana Cecilia hasta el 31 de enero del 2023 y las que se causen en lo sucesivo al ser una pensión vitalicia, sumas que deberán ser indexadas desde la fecha de su causación a la fecha de su pago y se autorizó a la UGPP efectuar los descuentos del retroactivo reconocido en los dineros correspondientes a cotizaciones de aportes al sistema de Seguridad Social en salud a cargo de la demandante para ser transferidos a la EPS correspondiente.

Lo anterior, tras considerar el a quo, la demandante contrajo matrimonio civil con el causante el 26 de septiembre de 2007 y religioso el 10 de noviembre de 2013, registros que no tienen notas marginales de divorcio, así como reposan declaraciones extra procesales, frente a las cuales no se solicitó ratificación por la entidad demandada, salvo la señora Petrona Blanco, quien si compareció al despacho, observó a su vez la documental del 28 de diciembre la cual tiene nota de presentación personal del causante, por medio de la cual ratificó que su esposa era la demandante Ana Cecilia Arias y que convivió con ésta, encontrándose acreditada la convivencia desde el año 2001, por lo menos, probándose más de los 5 años en cualquier tiempo exigidos en el Estatuto Laboral.

En otro giro indicó, la mesada pensional de la demandante acrecerá una vez la hija del causante cumpla los 25 años, tal como se ordenó en Resolución RDP 032696 del 30 de octubre de 2019.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA falleció el 16 de abril de 2019, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01 del expediente digital página 17, como tampoco que mediante Resolución 132597 del 29 de mayo de 1986 se reconoció una pensión a favor del causante en cuantía de \$74.246,11 efectiva a partir del 10 de abril de 1986 por parte de la empresa PUERTOS DE COLOMBIA, siendo la mesada pensional reliquidada mediante Resolución 140118 del 13 de agosto de 1987, información que se extrae del

recuento que hace la misma entidad demandada en las Resoluciones RDP 015799 del 23 de mayo de 2019 y RDP 025528 del 27 de agosto de 2019 (archivo 01, páginas 26 a 33).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS, en calidad de cónyuge del señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante **-16 de abril de 2019-**, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o **pensionado**, tal criterio fue revaluado por esa Corporación entre otras en las sentencias CSJ SL1905-2021, CSJ SL5270-2021 y CSJ SL2820-2021, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente **al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte**

³ «**ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte³; (...)

del pensionado, enfatizando, «una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador».

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

«En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de

lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado». (Negritas y subrayas fuera de texto).

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido era un **pensionado**, se requiere, en el caso de la cónyuge acreditar que convivió con el causante durante al menos **5 años en cualquier tiempo**, según el alcance que frente a este puntual aspecto de la citada disposición, le ha dado la Alta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (Consultar entre otras muchas, las sentencias CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS superaba los treinta años de edad⁴ -47 años-, en la fecha del fallecimiento del señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cujus en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante apelante haber ostentado la calidad de cónyuge del causante y haber convivido con el de cujus desde el 2001, fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso.

⁴ Nació el 08 de diciembre de 1971 (cédula de ciudadanía página 63 archivo 01 expediente digital).

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de cónyuge del causante por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como prueba documental y relevante para resolver la litis, las siguientes (archivo 01, páginas 18 a 75):

- Registro civil de matrimonio contraído entre el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.) y la señora ANA CECILIA GARZÓN de fecha 10 de noviembre de 2013 – religioso.
- Registro civil de matrimonio contraído entre el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.) y la señora ANA CECILIA GARZÓN de fecha 26 de septiembre de 2007 – civil-.
- Manifestación de voluntad suscrita por el *de cujus* el día 28 de diciembre de 2016, por medio del cual expuso:

Santa Marta, 28 de diciembre 2016.

Señor
COORDINADOR DE PENSIONES
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL
Y GESTION PARAFISCALES = U G P P
Bogotá., D. C.

Ref: Solicitud traspaso provisional. Ley 44 de 1980, modificada por la Ley 1204 de Julio 4 de 2008,

Yo RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA, mayor de edad, identificado (a) con cédula de ciudadanía No 1.685.557 de Santa Marta, domiciliado y vecino de de esta localidad, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1º de la Ley 44 de 1980, por medio del presente escrito permito comunicarle, que en caso de mi muerte, designo como beneficiaria de la pensión que actualmente me encuentro gozando , reconocida por la liquidada empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo de Santa Marta, a las siguientes personas:

APELLIDOS	NOMBRE	PARENTESCO	REPRESENTANTE LEGAL CURADOR	DOCUMENTO DE IDENTIDAD
GARZON ARIAS	ANA CECILIA	ESPOSA		36.718.499 de santa marta

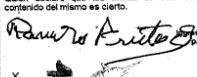
Bajo la gravedad de juramento, manifiesto que el contenido de este escrito es cierto, el cual puede ser verificado por la UGPP en cualquier momento, y me comprometo a actualizarlo cuando las circunstancias lo ameriten, así mismo, dejo sin validez las solicitudes anteriores que he presentado al respecto.

Cordialmente,


RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA
CC1.685.557 de Santa Marta
Dirección: carrera 3 #11-23 Centro
Teléfono: 3174547803

NOTARÍA SEGUNDA DEL CÍRCULO DE SANTA MARTA
RECONOCIMIENTO DE FIRMAS Y DEL CONTENIDO
Santa Marta., 2016-12-28 11:47:58 Cód: 710651

Ante ALEJANDRO FABIAN LOPEZ PEÑALOZA NOTARIO 2 DEL CÍRCULO DE SANTA MARTA compareció
PRIETO GARCIA RAMIRO ANTONIO
Identificado con C.C. 1685557
Quien declaró que las firmas de este documento son suyas, el contenido del mismo es cierto.


Firma Comparada
ALEJANDRO FABIAN LOPEZ PEÑALOZA
NOTARIO 2 DEL CÍRCULO DE SANTA MARTA



- Declaración extrajudicial de fecha 24 de abril de 2019, por medio de cual la demandante manifestó que convivió con el causante desde el 20 de diciembre de 1982 hasta el 16 de abril de 2019.

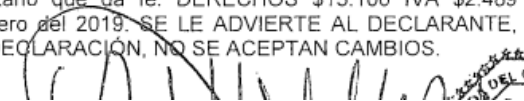
EXP. No. 23 2020 00143 01 ANA CECILIA GARZÓN ARIAS CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

En la Ciudad de Santa Marta, Cabecera del Distrito Turístico, Cultural e Histórico del mismo nombre, Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los VEINTICUATRO (24) días del mes de Abril del año dos mil diecinueve (2019) ante mi ALEJANDRO FABIAN LOPEZ PEÑALOZA Notario Segundo compareció: ANA CECILIA GRAZON ARIAS, identificado(a) con la Cedula de Ciudadanía N°. 36.718.499 de Santa Marta, residenciado(a) en La calle 5 #14-57 Barrio: 20 de julio, Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena, Estado Civil: Soltera, Profesión u oficio: Ama de casa, N° Teléfono: 317-454-7803. MANIFESTO PRIMERO: Que en mi entero y cabal juicio hago las siguientes declaraciones(es) que se inserta(n) en este instrumento, las cuales rindo bajo la gravedad de JURAMENTO y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea JURAR EN FALSO. SEGUNDO: Que no tengo ninguna clase de impedimento para pronunciar esta declaración JURAMENTADA, la cual presento bajo mi única y entera RESPONSABILIDAD Y DECLARO: Que conviví con el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (Q.E.P.D) identificado en vida con cedula de ciudadanía No. 1.685.557 de Santa Marta, en unión marital desde el día 20 de diciembre el año 1982 hasta el 25 de septiembre del año 2007 y en el vínculo del matrimonio desde el día 26 de septiembre del año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento el día 16 de abril del año 2019, de forma continua e ininterrumpida y bajo el mismo techo compartiendo casa, mesa y lecho. Así mismo declaro que dependía económicamente de mi esposo fallecido, para todas mis necesidades tales como salud, alimentación, vivienda, y vestir, Ya que era la única persona encargada de suministrarme todo lo necesario para mi subsistencia. DESTINO DE LA DECLARACION: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (U.G.P.P) en Bogotá D.C. Esta Constancia se firma en la ciudad de Santa Marta, en la Notaria Segunda del Círculo de Santa Marta, junto con el notario que da fe. DERECHOS \$13.100 IVA \$2.489 Resolución No. 0691 del 24 de enero del 2019. SE LE ADVIERTE AL DECLARANTE, QUE, UNA VEZ ENTREGADA SU DECLARACIÓN, NO SE ACEPTAN CAMBIOS.



- Declaración juramentada rendida la señora PETRONA ISABEL BLANCO REBOLLEDO, quien igualmente compareció ante el juez de primer grado a ratificar su versión, exponiendo en su momento:

En la Ciudad de Santa Marta, Cabecera del Distrito Turístico, Cultural e Histórico del mismo nombre, Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los VEINTICUATRO (24) días del mes de Abril del año dos mil diecinueve (2019) ante mi ALEJANDRO FABIAN LOPEZ PEÑALOZA Notario Segundo compareció: PETRONA ISABEL BLANCO REBOLLEDO, identificado(a) con la Cedula de Ciudadanía N°. 36.556.390 de Santa Marta, residenciado(a) en la calle 4 # 14-08 Barrio: 20 de julio, Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena, Estado Civil: Soltera, Profesión u oficio: Ama de casa, N° Teléfono: 301-771-5780. MANIFESTO PRIMERO: Que en mi entero y cabal juicio hago las siguientes declaraciones(es) que se inserta(n) en este instrumento, las cuales rindo bajo la gravedad de JURAMENTO y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea JURAR EN FALSO. SEGUNDO: Que no tengo ninguna clase de impedimento para pronunciar esta declaración JURAMENTADA, la cual presento bajo mi única y entera RESPONSABILIDAD Y DECLARO: Que conocí de vista, trato y comunicación hace más de 28 años al señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (Q.E.P.D) identificado en vida con cedula de ciudadanía No. 1.685.557 de Santa Marta, de ese conocimiento sé y consta que convivio con la señora ANA CECILIA GRAZON ARIAS, identificado(a) con la Cedula de Ciudadanía N°. 36.718.499 de Santa Marta, en unión marital desde el año 1982 hasta el año 2007 y en el vínculo del matrimonio desde el día 26 de septiembre del año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento el día 16 de abril del año 2019, de forma continua e ininterrumpida y bajo el mismo techo compartiendo casa, mesa y lecho. Así mismo declaro que la señora ANA CECILIA GRAZON ARIAS, dependía económicamente de su esposo fallecido, para todas sus necesidades tales como salud, alimentación, vivienda, y vestir, Ya que era la única persona encargada de suministrarle todo lo necesario para su subsistencia. DESTINO DE LA DECLARACION: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (U.G.P.P) en Bogotá D.C. Esta Constancia se firma en la ciudad de Santa Marta, en la Notaria Segunda del Círculo de Santa Marta, junto con el notario que da fe. DERECHOS \$13.100 IVA \$2.489 Resolución No. 0691 del 24 de enero del 2019. SE LE ADVIERTE AL DECLARANTE, QUE, UNA VEZ ENTREGADA SU DECLARACIÓN, NO SE ACEPTAN CAMBIOS.



- Declaración juramentada rendida la señora NURIS CORTES PEÑALOZA, manifestando:

EXP. No. 23 2020 00143 01 ANA CECILIA GARZÓN ARIAS CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

En la Ciudad de Santa Marta, Cabecera del Distrito Turístico, Cultural e Histórico del mismo nombre, Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los VEINTICUATRO (24) días del mes de Abril del año dos mil diecinueve (2019) ante mi ALEJANDRO FABIAN LOPEZ PEÑALOZA Notario Segundo compareció: NURIS CORTES PEÑALOZA, identificado(a) con la Cedula de Ciudadanía N°. 36.556.011 de Santa Marta, residenciado(a) en la calle 10 # 2-53 Barrio: Centro, Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena, Estado Civil: Casada, Profesión u oficio: Ama de casa, N° Teléfono: 318-511-8748. MANIFESTO PRIMERO: Que en mi entero y cabal juicio hago las siguientes declaraciones(es) que se inserta(n) en este instrumento, las cuales rindo bajo la gravedad de JURAMENTO y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea JURAR EN FALSO. SEGUNDO: Que no tengo ninguna clase de impedimento para pronunciar esta declaración JURAMENTADA, la cual presento bajo mi única y entera RESPONSABILIDAD Y DECLARO: Que conocí de vista, trato y comunicación hace más de 30 años al señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (Q.E.P.D) identificado en vida con cedula de ciudadanía No. 1.685.557 de Santa Marta, de ese conocimiento sé y consta que convivio con la señora ANA CECILIA GRAZON ARIAS, identificado(a) con la Cedula de Ciudadanía N°. 36.718.499 de Santa Marta, en unión marital desde el año 1982 hasta el año 2007 y en el vínculo del matrimonio desde el día 26 de septiembre del año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento el día 16 de abril del año 2019, de forma continua e ininterrumpida y bajo el mismo techo compartiendo casa, mesa y lecho. Así mismo declaro que la señora ANA CECILIA GRAZON ARIAS, dependía económicamente de su esposo fallecido, para todas sus necesidades tales como salud, alimentación, vivienda, y vestir, Ya que era la única persona encargada de suministrarle todo lo necesario para su subsistencia. DESTINO DE LA DECLARACION: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES (U.G.P.P) en Bogotá D.C. Esta Constancia se firma en la ciudad de Santa Marta, en la Notaria Segunda del Circulo de Santa Marta, junto con el notario que da fe. DERECHOS \$13.100 IVA \$2.489 Resolución No. 0691 del 24 de enero del 2019. SE LE ADVIERTE AL DECLARANTE, QUE, UNA VEZ ENTREGADA SU DECLARACIÓN, NO SE ACEPTAN CAMBIOS.

- Declaración juramentada rendida la señora ANA MARIA CORDERO DE BUSTILLO, manifestando:

En la Ciudad de Santa Marta, Cabecera del Distrito Turístico, Cultural e Histórico del mismo nombre, Departamento del Magdalena, República de Colombia, a DIECISEIS (16) días del mes de enero del año dos mil veinte (2020), ante mi HENRY ALBERTO NUÑEZ SUAREZ, Notario Segundo (E), Compareció: ANA MARIA CORDERO DE BUSTILLO, identificado(a) con la cedula de ciudadanía N° 36.537.932 de Santa Marta, residenciado(a) en la Calle 14 N°7-26 Barrio centro, Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena. Estado civil: Casada, Profesión u oficio: Independiente, N° Teléfono: 301-668-2309. MANIFESTO PRIMERO: Que en mi entero y cabal juicio hago las siguientes declaración(es) que se inserta(n) en este instrumento, las cuales rindo bajo la gravedad de JURAMENTO y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea JURAR EN FALSO. SEGUNDO: Que no tengo ninguna clase de impedimento para pronunciar esta declaración JURAMENTADA, la cual presento bajo mi única y entera RESPONSABILIDAD Y DECLARO: Que conocí de vista de trato y de comunicación desde hace 64 años, al señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (Q.E.P.D) identificado en vida con cedula de ciudadanía N° 1.685.557 de Santa Marta, de ese conocimiento se y me consta que convivió en unión matrimonial con la señora ANA CECILIA GARZON ARIAS, Identificada con cedula de ciudadanía N°36.718.499 de Santa Marta, de manera permanente desde el día 26 de septiembre del año 2007, hasta el día 16 de abril del año 2019 fecha en la que falleció su esposo el señor RAMIRO PRIETO. De ese conocimiento se y me consta que primeramente convivió en unión marital de hecho desde el 20 de diciembre de 1982 hasta el 25 de septiembre de 2007 y en calidad de esposo desde el 26 de septiembre de 2007 hasta la fecha de fallecimiento del señor RAMIRO PRIETO, en forma continua e ininterrumpida bajo el mismo techo, compartiendo casa, mesa y lecho. Así mismo declaro que de esa unión no se procrearon hijos. Manifiesto que la señora ANA CECILIA GARZON ARIAS dependía de su esposo para todas sus necesidades tales como salud, alimentación, vivienda, vestuario y en general todo para su congrua subsistencia por cuanto nunca trabajo ya que el señor RAMIRO PRIETO era la única persona encargada de suministrarle todo lo necesario para su subsistencia, además manifiesto que me consta que para el año 1970 el señor RAMIRO PRIETO sostenía una relación sentimental con la señora MARIA CONCEPCION RODRIGEZ CORONADO, relación que se dio por terminada para el año 1980 y dicha pareja jamás se volvieron a juntar, también me consta que durante los años de vida de pensionado del señor RAMIRO PRIETO no

Así mismo, a efecto de acreditar su dicho, se recaudaron las declaraciones de las señoras **NUBIA MARÍA AMAYA RINCÓN** y **PETRONA BLANCO**, quienes manifestaron:

NUBIA MARÍA AMAYA RINCÓN, récord 0:20:54: “Soy vendedora ambulante, conozco a Ana Garzón desde 1998 porque hicimos una amistad uno se relaciona

con muchas personas y tengo 20 años de estar en negocios en la 14 y ahí hicimos amistad, la conozco porque estaba con el señor Ramiro, ellos llegaban al puesto, yo vendo coco, yo iba a su casa y me brindaban el tinto, yo tengo mi venta en la Alcaldía en al 14 y ella llegaba ahí desde el 98 en adelante, ella llegaba ahí, me visitaba e hicimos una confianza más, ellos viven en la 11 con tercera y yo iba cuando necesitaba el baño o tenía sed, ella estaba con el señor Ramiro, no conozco más don Ramiro lo conozco porque se sentaba conmigo hablar y tuvimos una amistad de confianza, ellos vivían cerca donde trabajo, yo en al 14 y ellos en la 11 con tercera, yo iba a descansar o así, el señor me daba su casa y ella también, en la casa vivían los dos, no le conozco los hijos, ellos vivían desde el 2001 y en el 2007 se casaron, tengo clara las fechas porque yo hablaba mucho con el señor y hablaba mucho, uno es chismoso y se pone a sacar las tripas y uno pregunta, a Ana la conozco desde 1998 y luego trajo a Ramiro y desde ahí fue todo, a los días me presentó a su esposo y me dijo Ramiro, así llegaba, yo le regalaba cocos, yo iba allá mucho porque viven cerca, ellos no hicieron fiesta, ellos se casaron por casarse porque ya estaba cuchos, ellos no tuvieron hijos, no sé si Ramiro tenía hijos por fuera del matrimonio, allá tiene sus hijos, el señor Ramiro creo que tenía sus hijos por aparte, tenía un problema en un pulmón y murió en Santa Marta, en la Milagrosa donde lo atendían a él, lo enterraron en San Miguel a las 4 p.m., yo asistí, no conocía a nadie más como compañera, cuando estaba enfermo lo acompañaba Ana, me dijo que le ayudara a solicitar la silla de ruedas, ella fue la que lo lidió, ella dependía de Ramiro, él era pensionado de Puerto de Colombia, yo la veía era a ella, nunca me hablaron de nada de eso de los hijos, esos temas yo no hablaba, no sé de familia ni los hijos, asistió un nieto porque ella me lo señaló, no sé nada más, no me interesaba nada, la casa era del señor”.

PETRONA BLANCO, Récord 0:37:06: “Me dedico al hogar, conozco a Ana Garzón desde hace como 20 pico de años porque soy comadre de ella por un hijo, se llama no me acuerdo como se llama., tiene un hijo varón y las otras hembras, empezamos a ser vecinas por “pescadito” cuando empezó con sus hijos, tenía hijos con el señor Fredy, quien es el papá de los hijos, luego se abandonaron, ella primero convivio con él y luego se fueron, se metió otra vez con el señor Ramiro Prieto, eso fue otra vez como en el 2001, vivían en la 11 con 3, eso es centro, esa casa era de él, yo los visitaba varias veces porque iba y la visitaba, estuve cuando el señor cayó enfermó, era una casa de un piso y tiene como 2 alcobas, cuando

eso yo visite y era así, Ramiro era trigeño, era regular de estatura, ellos se casaron, primero por lo civil y luego por la iglesia, el señor falleció de cáncer de pulmón, no fui al sepelio porque yo estaba trabajando, fui a dar el pésame donde lo velaron en la Funeraria el Carmen, el Carmen está cerca en San Miguel que lo sepultaron, la convivencia se dio hasta que él se murió, los ingresos de ANA era de él, él era el que la sostenía, ahora la veo hasta vendiendo hasta boletas, no hubo hijos, le prestaban atención medica por intermedio de Ramiro pero creo que no tiene hoy día, no sé si tenía hijos por fuera, solo me limitaba a lo normal Ramiro falleció en el 2019 en la Milagrosa, la señora Ana estaba atenta al padecimiento, la vi porque en 2 ocasiones ella me dijo “comadre quédese en la casa y yo fui”, estaba desempleada”.

Valga indicar, el interrogatorio de parte absuelto por la demandante no reviste mayor trascendencia ya que el juzgador de primer grado optó por no continuar la recepción de la prueba debido a las inconsistencias presentadas⁵.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba se advierte una vez valorados los testimonios y las pruebas documentales anteriormente relacionadas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se puede corroborar que la pareja conformada por ANA CECILIA GARZON ARIAS y RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.) convivieron en calidad de cónyuges hasta el momento en que éste falleció desde el **2001**, por lo menos, tal como lo concluyó el juzgador de primer grado, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja.

Dichos que para esta Sala de decisión gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneos y coincidentes, además expusieron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas y sin ánimo de favorecer al extremo demandante.

⁵ **Interrogatorio Demandante, récord 0:08:34:** “Estado civil casada, vivía de mi esposo Ramiro Prieto García, éramos casados por lo civil, después nos casamos por la iglesia, desde el 2001 estábamos en unión libre, comenzamos a vivir en el 2001, vivíamos en la carrera 11 con sexta, nos casamos por lo civil, en el 2007, me casé por lo civil, se murió en el 2019, murió en la 11 con sexta, vivía conmigo. Tenía algo en el pulmón, murió de cáncer, yo fui la que lo enterró en San Miguel”.

Asimismo, frente a las declaraciones extra-juicio anteriormente relacionadas, debe advertirse, las mismas son coincidentes en afirmar que la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS y RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.) convivieron juntos por lo menos durante 17 años sin ninguna clase de separación, por tanto, como la demandada UGPP no solicitó su ratificación se le impartió valor probatorio como -documentos declarativos-.⁶

Retomando las declaraciones, la señora **PETRONA BLANCO** de manera espontánea corroboró que la pareja convivió desde el 2001, y que antes a dicha fecha la demandante en efecto había convivido con el de cujus, no obstante, se separaron por un tiempo, lo que permite resolver la problemática del por qué en una declaración extra-juicio la demandante mencionó que convivió con el causante desde el año 1982. Pese a la deponente fue clara en exponer hechos y circunstancias de la pareja, incluso, que la señora ANA CECILIA cuidaba al causante en sus últimos días, siendo testigo presencial de estos hechos ya que “relevó” a la demandante en 2 ocasiones.

En este sentido, la señora **NUBIA MARÍA AMAYA RINCÓN** fue clara en informar que la pareja vivía en el centro y que la conoció porque eran amigos, incluso, la testigo pudo constatar que a partir del 2011 comenzaron a vivir en la 11 con tercera, teniendo conocimiento de la unión como pareja que sostuvo la actora con el fallecido pensionado.

Aunado a lo anterior, es claro para esta Sala que la voluntad del causante fue convivir como cónyuge con la demandante, pues prueba de ello es que contrajo matrimonio por lo católico y civil en las anualidades 2007 y 2013, así como puso en conocimiento de la UGPP que la pensión debía ser otorgada la demandante después de su deceso.

De esta manera, se encuentra acreditado que la cónyuge del **pensionado** fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde el **2001 hasta el 16 de abril de 2019**, demostrando la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real,

⁶ “Las declaraciones extra juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, salvo que la parte contraria la solicite”. (CSJ SL1342-2023 y SL3619-2022).

efectiva y vigente al momento del óbito del señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.).

Por las anteriores razones se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado conforme lo establecido por el Juez de primer grado, esto es, en el 50% de la mesada desde el **17 de abril del 2019** junto con 14 mesadas al año dado que mediante Resolución 132597 del 29 de mayo de 1986 se reconoció una pensión a favor del causante en cuantía de \$74.246,11 efectiva a partir del 10 de abril de 1986, es decir, antes al 31 de julio del 2011 (Parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005) y en este punto se deberá confirmar la sentencia, **advirtiéndose** el tema del porcentaje del 50% otorgado a la demandante no fue objeto de reproche.

No obstante, respecto al porcentaje determinado por el juez a quo, advierte la Sala, la porción que se otorga corresponde al 50%, tal como se había dispuesto en la Resolución RDP 015788 del 23 de mayo de 2019⁷ por parte de la enjuiciada UGPP⁸ y el otro 50% en cabeza de la hija del de cujus, MARIA ISABEL PRIETO PEÑA; mesada que le fue reconocida a esta última mediante Resolución RDP 032696 del 30 de octubre de 2019⁹ en los siguientes términos: *“El reconocimiento a favor de PRIETO PEÑA MARIA ISABEL ya identificado en un porcentaje 50.00% en calidad de Hijo(a) Mayor Estudios . La pensión reconocida es de carácter temporal, y será pagada hasta el **19 de agosto de 2023**, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre y cuando el beneficiario acredite estudios conforme a las normas vigentes.”*.

⁷ archivo 03, páginas 661 y ss: *“Que mediante Resolución RDP 015788 del 23 de mayo de 2019 se reconoció de manera provisional el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de PRIETO GARCIA RAMIRO ANTONIO, a partir de 17 de abril de 2019 día siguiente al fallecimiento en la misma cuantía devengada por el causante, pero con efectos fiscales a partir de la inclusión en nómina de la resolución, a favor de GARZON ARIAS ANA CECILIA identificada con CC 36718499 en calidad de Cónyuge o Compañera(o) en un porcentaje del 50%, dejando en suspenso el 50% restante que le pudiese corresponder a PRIETO PEÑA MARIA ISABEL identificada con CC 20081998 en calidad de Hijo(a) Mayor Estudios”*.

Que mediante resolución No. RDP 025528 de 27 de Agosto de 2019 se determinó dejar en suspenso el posible derecho y el porcentaje que le (s) pudiera corresponder respecto a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de PRIETO GARCIA RAMIRO ANTONIO, a favor de GARZON ARIAS ANA CECILIA ya identificado(a) en calidad de Cónyuge o Compañera(o) y RODRIGUEZ CORONADO MARIA CONCEPCION ya identificado(a) en calidad de Cónyuge o Compañera(o). Que mediante resolución No. RDP 030324 de 09 de Octubre de 2019 se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución RDP 025528 de 27 de Agosto de 2019 confirmándola en forma íntegra.

⁸ *“Conforme con lo dispuesto en la norma trascrita, se ordenará el traspaso provisional de la pensión que en vida disfrutaba el señor PRIETO GARCIA RAMIRO ANTONIO a favor de la señora ANA CECILIA GARZON ARIAS en calidad de cónyuge del causante, en cuantía equivalente al 50% de la pensión.”*.

⁹

Conforme a lo dispuesto anteriormente, a partir del día **20 de agosto de 2023** la UGPP deberá acrecentar la mesada pensional de la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS al no existir más beneficiarios de la pensión que en vida disfrutó el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.), esto, atendiendo que si bien la señora RODRIGUEZ CORONADO MARIA CONCEPCIÓN se presentó ante la UGPP a reclamar la prestación económica, lo cierto es que falleció el 22 de agosto de 2019, tal como se plasmó en la audiencia del 17 de febrero de 2021 (archivo 12).

Ahora bien, en esta litis, el a quo consideró necesario vincular a los herederos de la referida señora a través de intervención Ad Excludendum, no obstante, los señores LUIS PRIETO y MARIA PRIETO fueron emplazados y estuvieron representados por medio de Curador al no comparecer al proceso, lo que conllevó a que no se aportará medio probatorio alguno que permita inferir que la señora RODRIGUEZ CORONADO MARIA CONCEPCIÓN (q.e.p.d.) pudo tener una convivencia **simultánea** con el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.), debiéndose confirmar entonces que el derecho le asiste a la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS únicamente. Como quiera que el juez *a quo* arribó a idéntica conclusión, lo que sigue es la confirmación de la sentencia en este aspecto.

En otro giro, como se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, determinando como mesada pensional desde el 2019 al 2023, las siguientes¹⁰:

¹⁰ Mesada calculada desde el 1º de enero de 1996, conforme a la documental obrante a folio 103 del archivo 03, misma prueba que tomó el a quo para actualizar el valor de la mesada pensional reconocida a la demandante.

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada asignada 50%
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 929.041,00	
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 1.129.993,00	
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 1.329.776,00	
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 1.551.849,00	
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 1.695.085,00	
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 1.843.405,00	
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 1.984.425,00	
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 2.123.136,00	
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 2.260.928,00	
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 2.385.279,00	
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 2.500.965,00	
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 2.613.008,00	
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 2.761.688,00	
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.973.509,00	
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 3.032.979,00	
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 3.129.124,00	
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 3.245.840,00	
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 3.325.038,00	
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 3.389.544,00	
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 3.513.601,00	
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.751.472,00	
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.967.182,00	
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 4.129.440,00	\$ 2.064.720,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 4.260.756,00	\$ 2.130.378,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 4.422.665,00	\$ 2.211.332,50
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 4.493.870,00	\$ 2.246.935,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 4.746.425,00	\$ 2.373.212,50
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 5.369.156,00	\$ 2.684.578,00

Como se puede verificar, la mesada pensional establecida desde el 2019 al 2023 es inferior a la dispuesta por el Juez de Primer grado, por lo que habrá de modificarse la sentencia recurrida en el numeral **PRIMERO** en este sentido¹¹. Se aclara, no se pudo corroborar las operaciones aritméticas que empleó el fallador en su momento al no existir liquidación adjunta a la sentencia, pese a que indicó en la sentencia analizada que los valores los indexó teniendo en cuenta la mesada pensional reconocida para el año 1996 (\$929.041), según documento que obra en la página 103 del archivo 03, mismo ejercicio que efectuó esta Corporación encontrando diferencias.

Ahora, en lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por UGPP (página 6, archivo 2 expediente digital)¹², se advierte en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **16 de abril del 2019** fecha en que falleció el señor RAMIRO ANTONIO PRIETO GARCIA (q.e.p.d.), acudiendo la actora a

¹¹ El juez dispuso reconocer: “El valor sería para el 2019 se liquidó en \$2.550.909,94, para el año 2000 \$2.2647.844,52, para el 2021 \$2.690.474,81, para el 2022 la suma de \$2.841.679,50. 2023 \$3.214.507,85.”.

¹² Se tuvo por contestada la demanda en auto del 04 de febrero de 2021, archivo 102 expediente digital, archivo 01.

reclamar vía administrativa la prestación pensional el 08 de mayo de 2019¹³, petición a la cual se accedió inicialmente en cuanta del 50%, no obstante, a través de Resolución RDP 025528 del 27 de agosto de 2019 dispuso dejar en suspenso la prestación al reclamar de manera simultánea la señora María Concepción Rodríguez (q.e.p.d.), acudiendo la demandante ante la jurisdicción el **16 de marzo del 2020**¹⁴ (*Acta reparto, página 87 del archivo 01 expediente digital*), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho y la interposición de la demanda NO transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas desde la fecha de fallecimiento del afiliado, NO se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, declarándose NO probada la excepción de prescripción, tal como lo dispuso el juez a quo.

Por otro lado, en punto al recurso de la demandante, **adviértase**, se confirma la sentencia para autorizar a la UGPP a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, toda vez que la sustitución pensional se reconoce en virtud de las normas previstas en la Ley 100 de 1993 y no una norma de carácter convencional, aunado a que no se aportó la Convención Colectiva de Trabajo con la correspondiente acta de depósito, siendo una carga que debía cumplir la parte actora en virtud del artículo 167 del C.G.P.

Finalmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP se ha indicar que se confirma la condena de la INDEXACIÓN de las mesadas adeudadas a la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS, 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, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

¹³ Conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB RDP015788 del 23 de mayo del 2019 (páginas 26 a 29, archivo 1 expediente digital)

¹⁴ La demanda se admitió por auto del 9 de septiembre del 2020 (Archivo 01 expediente digital) y se notificó a la demandada mediante correo electrónico del 16 de octubre de 2020 (Archivo 01 expediente digital).

Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

“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.”

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por haberse surtido el estudio de los recursos de apelación y la consulta en favor de la UGPP, lo que sigue es la modificación del numeral primero respecto al monto de la mesada pensional a reconocer a la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS y la confirmación en lo demás de la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia en el numeral **PRIMERO**, respecto al monto de la mesada pensional a reconocer a la señora ANA CECILIA GARZÓN ARIAS,

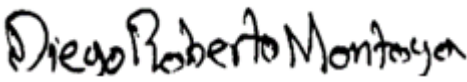
en las siguientes sumas, correspondiéndole la cuantía del 50% y a partir del 20 de agosto de 2023 el 100%:

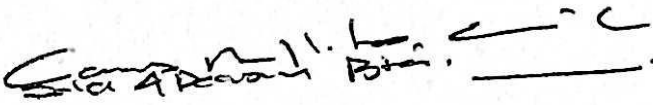
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada asignada 50%
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 4.260.756,00	\$ 2.130.378,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 4.422.665,00	\$ 2.211.332,50
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 4.493.870,00	\$ 2.246.935,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 4.746.425,00	\$ 2.373.212,50
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 5.369.156,00	\$ 2.684.578,00

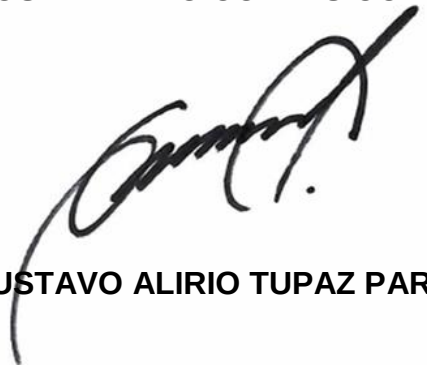
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez de primer grado, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ROCIO ESPERANZA LÓPEZ ROBAYO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2020 00400 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 la demandante contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de mayo de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 26 Grabación Audiencia, récord: 26:42*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas su contra por parte de la señora **MARÍA ROCÍO ESPERANZA LÓPEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** de esta instancia, a la demandante a favor de las demandadas, fijándose como agencias en derecho la suma de 1'000.000 de pesos.

TERCERO: en caso de que la sentencia no sea debidamente apelada, se **REMITIRÁ** en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

La anterior decisión queda notificada en estrados.”.

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 demandante, 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 de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 9 a 11, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 6 a 9, *ibidem*), aspirando de manera principal:

“PRIMERA. Que se declare la anulación o la ineficacia de la afiliación - adhesión realizada por la señora MARIA ROCIO ESPERANZA LOPEZ ROBAYO a los fondos obligatorios de pensiones administrados por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y AFP ING hoy AFP PROTECCION S.A., a partir del 1° de diciembre de 1 teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informar las consecuencias y efectos, tanto desfavorables como nocivos de trasladarse del régimen de prima media que administraba el ISS (hoy COLPENSIONES) hacia el régimen de ahorro individual que administra el fondo privado de Pensiones PROTECCION S.A.

SEGUNDA. Que también se declare la anulación o la ineficacia de la afiliación - adhesión realizada por la señora MARIA ROCIO ESPERANZA LOPEZ ROBAYO, al fondo obligatorio de pensiones administrado ^ por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y AFP ING hoy AFP PROTECCION S.A., teniendo en cuenta que dicha afiliación se efectuó antes de la expedición de la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual se crearon condiciones jurídicas y económicas más desfavorables para el traslado entre regímenes pensionales, contraviniendo con ello el principio de progresividad en materia de Seguridad Social.

TERCERA. Que también se declare que en aplicación y prevalencia del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia laboral, así como en el principio de progresividad en materia de seguridad social, se debe anular la afiliación realizada a partir del 1° de diciembre del 1996 por la señora MARIA ROCIO ESPERANZA LOPEZ ROBAYO, a los fondos obligatorios de pensiones administrados por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y AFP ING hoy AFP PROTECCION S.A; por cuanto la mesada pensional que recibirá dentro del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA será de un valor ostensiblemente superior a la que en efecto recibirá, si permanece en el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

CUARTA. Que se declare que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión por vejez a favor de la señora MARIA ROCIO ESPERANZA LOPEZ ROBAYO, una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

DE CONDENA.

PRIMERA. Se CONDENE a las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y AFP ING hoy AFP PROTECCION S.A., para que el capital y los rendimientos financieros acumulados por la demandante en el fondo obligatorio de pensiones desde el 1° de diciembre del 1996 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia, sean TRASLADADOS hacia el Régimen de PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA que actualmente administra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.

SEGUNDA. Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si aquella persona nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido

en el régimen de prima media, teniendo siempre como Ingreso Base de Cotización (IBC) para cada periodo, los salarios reportados por el FONDO DE PENSIONES PRIVADO.

TERCERA. *Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, para que luego del retorno de la demandante al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA, le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003 una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normativa.*

CUARTA. *Se condene a las demandadas a los demás derechos que de acuerdo a las facultades que extra y ultra petita resulten demostrados dentro del presente trámite.*

QUINTA. *Se condene a las demandadas AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES al pago de las costas procesales.”.*

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas su contra por parte de la señora MARÍA ROCÍO ESPERANZA LÓPEZ y se condenó en COSTAS a la demandante a favor de las demandadas. **Lo anterior tras considerar la a quo,** que no se pudo constatar que la AFP PORVENIR o demás AFPS no entregaron la información necesaria a la demandante al momento del traslado en el año 1996 y subsiguientes por cuanto la demandante no compareció a rendir interrogatorio de parte, prueba que fue debidamente decretada, siendo citada en las audiencias señaladas por el despacho, esta decisión, pese a existir el formulario suscrito por la demandante por medio del cual se trasladó de régimen. En este orden la Juzgadora dio aplicación al contenido del artículo 205 del C.G.P., e indicó que la demandante no logró demostrar que no se le brindó la información necesaria sobre las implicaciones al momento del traslado y, por tanto, no se logró corroborar 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 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de octubre de 1959 (*Página 37, Archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 14 de marzo de 2018 (pág. 56 a 60 del archivo 01), a COLPENSIONES el 06 de abril de 2018 (páginas 65 a 71, *ibidem*) y PROTECCIÓN el día 25 de septiembre de 2018 (páginas 72 a 77, *ibidem*), 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 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado un total de 224,71 semanas (*Página 58, archivo 14*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.²

Ver Imagen:

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1600	228.57	0	0.00	27	3.86	3115	445.00	0	0.00	27	3.86
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 1573		SEMANAS: 224.71		DÍAS: 3088		SEMANAS: 441.14					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de noviembre de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1997** (*Página 84 Archivo 13 expediente digital y página 34, archivo 14*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme

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”.

² Al 1º de abril de 1994 la demandante se encontraba vinculada a la CLINICA SANTA RITA DE CASCIA LTDA, sociedad limitada en liquidación, matriculada el 4 de junio de 1992 en la Cámara de Comercio de Villavicencio de carácter privado e identificada con NIT. 800174566-5 dedicándose principalmente a actividades de hospitales y clínicas, con internación.

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 tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

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, **no asistiéndole razón a la a quo en la sentencia objeto de consulta.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

“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 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. Esto, pese a que la señora MARIA ROCIO ESPERANZA LÓPEZ ROBAYO no compareció al despacho de primer grado con el fin de absolver interrogatorio de parte, imponiéndose las consecuencias legales previstas en el artículo 205 del C.G.P.⁵,

⁵ ***“Artículo 205. Confesión presunta.***

La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.”.

pues si bien a la parte actora le asiste un deber de colaboración lo cierto es que en esta litis la carga probatoria le asiste a la AFP que realizó el traslado de régimen, tal como se mencionó en líneas anteriores.

En este orden, apartándose la Sala de Decisión del interrogatorio de parte que no fue rendido por la actora, se puede constatar que ninguna prueba existe sobre 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 conoce la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatiza 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 tomara 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 84, Archivo 13 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, mismos que no fueron atendidos por la *a quo*.**

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora - PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de

afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las

operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 - 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó, sin que sea reprochable a la actora el no asistir a rendir interrogatorio de parte.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de noviembre de 1996, efectivo el 01 de enero de 1997)**, el deber de información para con la promotora

del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN, ésta última como actual administradora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus

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

propias utilidades⁷, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a PORVENIR y PROTECCIÓN, 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 individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumadas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».

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

«(...)

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

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

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

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

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

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en

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

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, (Página 11 «05ContestacionDeDemandaColpensiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que la demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor, advirtiéndole, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, conforme

⁸Se tuvo por contestada mediante auto de 26 de agosto de 2022 (archivo 10 del expediente digital).

se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹, disposición que exige para el caso de las mujeres debe haber alcanzado 57 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.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 37 del archivo «01Demanda.pdf», copia del documento de identidad de la demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 16 de octubre de 1959, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2016**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 63 a 75 del archivo digital (14contestacionProtección.pdf), la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PROTECCIÓN S.A. con corte al **20 de septiembre de 2022** en la que se desprende que la demandante contaba a dicha data con **920,14** semanas, discriminadas en 224,71 semanas otro régimen, 290,14 semanas otros fondos de pensión y 405,29 semanas en Protección S.A., razón por la cual actualmente la promotora de este litigio NO reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, declarándose probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo en este punto, precisándose, **ello no obsta para que una vez la demandante acredite los requisitos legales (semanas), Colpensiones asuma el reconocimiento de la pensión de vejez, quedando desde luego abierta la posibilidad a la señora MARIA ROCIO ESPERANZA**

⁹ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

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”.

LÓPEZ de acudir a la jurisdicción en busca de ese propósito, precisándose así su alcance.

Agotada la competencia de la Sala por el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la demandante, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada PORVENIR y PROTECCIÓN 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.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 MARIA ROCIO ESPERANZA LÓPEZ ROBAYO el 29 de noviembre de 1996 (con fecha de efectividad 1° de enero de 1997) 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. y PROTECCIÓN 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, 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 saldos trasladados de la **AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.**, a favor de la accionante, teniéndolo válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: DECLARAR de oficio **PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PETICIÓN ANTES DE TIEMPO**, respecto de la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, con las precisiones expuestas por la Sala.

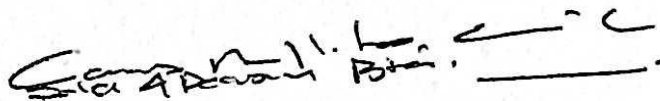
SEXTO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA CONTRA LA INDUSTRIA NACIONAL DE GASESOSAS INDEGA S.A. y solidariamente contra SERDAN S.A. (RAD. 27 2016 00043 02).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del extremo demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de octubre del 2022 (*Audio archivo 30 expediente digital, récord: 28:42*) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *probada* la excepción de cosa juzgada formulada por las demandadas INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSA S.A., INDEGA S.A. y COMPAÑIA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACION S.A. - SERDAN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 (ochocientos mil pesos) como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas la anterior decisión queda notificada en estrados.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, exponiendo, esta acción no se promueve única y exclusivamente con la finalidad de la declaratoria de una relación laboral con **INDEGA** sino que corresponde a un despido injustificado y en virtud de un fallo de tutela que le concedió el reintegro a la accionante y le ampara la estabilidad de manera

transitoria ordenándole incoar la acción en los 6 meses siguientes a la emisión de ese fallo, aduciendo el proceso anterior había iniciado antes de que el despido se generara por ende al tratarse de un hecho nuevo no habría lugar a la prosperidad de la excepción formulada de cosa juzgada (*Audio archivo 30 expediente digital, récord: 29:27¹*)

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 JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 3 a 5 / 269 y 270 del archivo 01, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a páginas 5 a 7 / 270 y 271, ibidem, aspirando:

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CONDENAS:

Primero: Se declare que entre el señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., existe un contrato de trabajo realidad y como consecuencia de esta declaración se ordene:

Segundo: Que se declare que no ha existido solución de continuidad desde la fecha de vinculación del demandante: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., hasta que se haga efectivo el reconocimiento del contrato de trabajo y el reintegro

¹ **APODERADA PARTE DEMANDANTE (Récord 29:27)**

Gracias, gracias su señoría su señoría en efecto de esa intención de este extremo procesal formular recurso de apelación en contra de la providencia previamente esgrimida por su honorable despacho su señoría y puntualizó mis argumentos del recurso de alzada especialmente en lo siguiente:

El despacho señala que en las presentes se cumplen con los requisitos establecidos por la ley adjetiva de en sede civil el Artículo 303 del código general del proceso, sin embargo su señoría es claro que tal como lo señalé y lo reitere en las alegaciones anteriormente expuestas y lo reitere en las actuales, eh esta acción no se promueve única y exclusivamente con la finalidad de la declaratoria de una relación laboral entre INDEGA y mi demandante y entre las mismas circunstancias señaladas en la otra acción judicial que ya fue resuelta, en este caso se trae a colación un hecho fundamentalmente y jurídicamente relevante el cual corresponde a un despido indirecto un despido eh injustificado eh realizado sobre la demandante señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, se tiene su señoría que se promueve además porque un fallo de tutela le concede el reintegro y le ampara su estabilidad de manera transitoria, ordenándole incoar la acción dentro del término de 6 meses subsiguientes a haberse emitido dicho fallo de tutela y es justamente con razón o a raíz de dicha acción o fallo de tutela que mi mandante promueve esta acción y claramente su señoría eh para la época en que el otro proceso del cual se alude existe cosa juzgada o a raíz del cual se manifiesta que existe cosa juzgada dicho proceso había iniciado antes de que ese nuevo despido se generara entonces su señoría al encontrarse este hecho nuevo o un hecho sobreviniente a esa acción que se resolvió con antelación, pues no habría lugar su señoría a la prosperidad de la excepción formulada como cosa juzgada material en el presente caso entonces es básicamente su señoría con base en este argumento central que formuló mi recurso de alzada y solicitó a su señoría remitir el expediente al superior jerárquico para que se resuelva en lo correspondiente gracias señora juez.

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES CONDENAS

Tercero: Se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., a reintegrar al señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, en el cargo de prevendedor, el cual venía desempeñando en las instalaciones de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S., o a otro igual o superior categoría, ya que esta función obedece a una actividad permanente al objeto social de la demandada y haber superado el término que permite la legislación laboral.

Cuarto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., a reconocerle y pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro a razón de (\$1'452.000, oo) mensual.

Quinto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., a reconocerle y pagarle al señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, los aumentos salariales causados en el interregno del despido.

Sexto: Que se condene a la demandada: Industria Nacional de Gaseosas S.A., a pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, las primas, vacaciones, cesantías, e intereses de las cesantías, desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Séptimo: Que se condene a la demandada: Industria Nacional de Gaseosas S.A., a pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, la diferencia salarial suscitada con los trabajadores que desempeñaron el cargo de de prevendedor, a quienes la empresa les pagaba un salario de (\$4'200.000. oo), mensual.

Octavo: Condenar a las demandadas a pagar las costas y gastos que ocasione el proceso, incluidas las agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

Señor Juez, de no prosperar las pretensiones principales tal como han sido invocadas, les solicito muy respetuosamente se me concedan las pretensiones subsidiarias de la siguiente manera:

1. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T., modificada por la Ley 789 de 2002, art. 29., al no pagarle el salario realmente devengado, con los intereses que se causen después de los 24 meses contados a partir del despido, a razón de \$60.000 diarios.

2. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la sanción moratoria establecida en el art. 99 de la ley 50 de 1990, a razón de \$48.400 diarios.
3. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante el auxilio establecido en el art. 227 del C.S.T., a razón de (\$1'800.000,00)., mensual.
4. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la indemnización por despido injusto desde la fecha de ingreso o el reconocimiento del contrato de trabajo con INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., establecida en el artículo en el artículo 64 del C.S.T.

Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a las encartadas de todas las pretensiones y se condenó en costas a la demandante, **tras considerar la a quo**, que la existencia del contrato de trabajo ya se encontraba definida desde data anterior como producto del fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá que si bien declaro la existencia del contrato de trabajo con Indega S.A, el mismo fe revocado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, cuya sentencia no fue casada por la Corte Suprema de Justicia, aduciendo en el presente proceso no se solicita un derecho diferente basado en hechos distintos a los que ya fueron objeto de pronunciamiento por otro Juez Laboral y cuya decisión se encuentra en firme, manifestando ser inaceptable iniciar otro proceso idéntico al inicial por el hecho de que la demandante alegue que le fue terminado el contrato estando en condiciones de debilidad manifiesta, pues en todo caso el reintegro igualmente solicitado en este proceso se deriva de la existencia de un contrato realidad con Indega S.A. el cual ya fue negado en varias decisiones judiciales, encontrando así la Juzgadora acreditadas la identidad de partes, objeto y causa con el proceso 30 2013 562, declarando probada la excepción de cosa juzgada formulada por Serdan, relevándose el despacho del estudio de las pretensiones elevadas frente a la aseguradora llamada en garantía.

En este orden de ideas, se procederá al estudio del recurso de apelación, a través del cual se pretende la no declaratoria de la *Cosa Juzgada*, para lo cual se advierte ésta es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L. modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la

Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.², el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere que el “nuevo” proceso, *“verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

Así pues, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Así mismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. "La cosa juzgada es el fin natural del proceso" y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

Y, de otra parte, la sentencia ejecutoriada vale, así sea injusta, y el beneficiario de ella podrá proponer en su favor la excepción de cosa juzgada y aún, puede pedir declaratoria de nulidad cuando el Juez procede contra la providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos (De las excepciones previas y de mérito, Editorial Temis, J. Ramón Ortega R.).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral dispuso mediante sentencia SL536-2023, sobre este tópico:

“Cosa juzgada

Esta se encuentra consagrada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, y aplicable por analogía en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su configuración que «[...] el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».

² **“Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

En la sentencia CSJ SL11414-2016, esta Corporación estableció que:

*Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eadem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; **2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, lo que se reclama;** y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.*

(...)

Para la Corte, no se necesita una redacción idéntica de las pretensiones para predicar el fenómeno de la cosa juzgada (CSJ SL1854-2020). Por el contrario, lo que se debe analizar más allá de la literalidad de los postulados, es que exista una causa petendi igual, lo que se traduce en una estrategia para reabrir discusiones que ya fueron surtidas y resueltas en litigios anteriores.”. (negrilla y subrayado fuera del texto).

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

a) Identidad de partes

En los archivos del expediente digital, obra copia de la demanda y auto admisorio del libelo conocido por el JUZGADO 30 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ bajo el radicado No. 2013 562 00, con fecha 28 de agosto del 2013, del cual se extrae que se admitió la demanda promovida por JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASESOSAS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA.

Precisándose conforme al CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL de SERDAN (págs. 19 y 20 Archivo 01 expediente digital), esta sociedad absorbió mediante fusión entre otras a EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA.

CERTIFICA:
QUE POR E.P. NO.2894 NOTARIA 9 DE SANTAFE DE BOGOTA DEL 11 DE JULIO DE 1.996, INSCRITA EL 24 DE JULIO DE 1.996 BAJO EL NO.547.287 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD CAMBIO SU NOMBRE DE: COMPAÑIA DE SERVI-

CIOS Y ADMINISTRACION S.A. SERDAN S.A. POR EL DE: COMPAÑIA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACION S.A. LA SIGLA DE LA SOCIEDAD SERA SERDAN S.A.

CERTIFICA:
QUE POR ESCRITURA PUBLICA NO. 415 DE LA NOTARIA 15 DE BOGOTA D.C., DEL 27 DE MARZO DE 2015, INSCRITA EL 30 DE ABRIL DE 2015 BAJO EL NUMERO 01935474 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA (ABSORBENTE) ABSORBE MEDIANTE FUSION A LAS SOCIEDADES PROPITAL LTDA, EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA, FULL ASEO LTDA, SALES UP SA Y ADMINISTRADORES GRAN METROPOLIS LTDA., LAS CUALES SE DISUELVE SIN LIQUIDARSE.

Por su parte, dentro del presente proceso a página 301 del archivo 01, reposa el auto admisorio del 15 de julio del 2016, donde se constata como partes JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA contra LA INDUSTRIA NACIONAL DE GASESOSAS S.A. y solidariamente contra SERDAN S.A.

De este modo, tanto en este como en el anterior proceso, la parte actora demandó a INDEGA y a SERDAN por lo que es claro que existe identidad de partes y así lo admitieron las mismas, por lo que el cumplimiento de este presupuesto no genera discusión.

b) Identidad de causa

En la demanda que cursó en el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. **22 2013 00562 00**, se plasmaron los siguientes hechos (páginas 604 y 605, archivo 01 del expediente digital):

HECHOS

1. Uno de los objetos sociales de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., es la fabricación de jarabes, la producción y transformación de bebidas alimenticias.
2. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, se vinculó inicialmente con la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA el 9 de mayo de 2007, en la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

3. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA devenga un

4. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, diariamente recibía las órdenes de su jefe inmediato quien es un empleado de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
5. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, labora de lunes a sábado en las instalaciones de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
6. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, desempeñaba el cargo de prevendedor fuera de las instalaciones de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., con una asignación salarial de (\$1'452.000,00).
7. La empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., tiene asignado un salario mensual de TRES MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$3'200.000,00), al cargo de prevendedor
8. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, tiene una antigüedad en la empresa Industria Nacional de Gaseosas S.A., de tres (3) años.
9. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, es afiliado a la organización sindical denominada: ASOCIACION NACIONAL DE INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
10. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, es miembro activo de la organización sindical ASOTRAINCO.
11. A la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., se le comunicó sobre la afiliación del señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, al sindicato SINALTRAPACOL.
12. A la empresa EXPERTOS SERVICIOS LIMITADA., se le comunicó sobre la afiliación del señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, a la ORGANIZACIÓN SINDICAL, SINALTRAPACOL.
13. El 30 de abril de 2013, la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, le comunicó a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, que la exoneraba de la obligación de prestar sus servicios.
14. A la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, le cambió las condiciones laborales el 30 de abril de 2013.
15. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, atendía diariamente los clientes asignados por la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

Entre tanto, en la demanda objeto de alzada, se plasmaron 28 hechos (archivo 01, páginas 5 a 8), al siguiente tenor:

HECHOS

1. Uno de los objetos sociales de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., es la fabricación de jarabes, la producción y transformación de bebidas alimenticias.
2. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, se vinculó inicialmente con la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA, el 17 de marzo de 2009, en la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

3. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, devenga un salario mensual de (\$1'800.000,00).
4. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, diariamente recibía las órdenes de su jefe inmediato quien es un empleado de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
5. La señora: LIA PAOLA RUIZ GALLEG0, labora de lunes a sábado en las instalaciones de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
6. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, desempeñaba el cargo de coordinador de supermercados en la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
7. La empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., tiene asignado un salario mensual de TRES MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$3'200.000,00), al cargo de prevendedor
8. La señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA tiene una antigüedad en la empresa Industria Nacional de Gaseosas S.A., de tres (3) años.
9. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, es afiliado a la organización sindical denominada: ASOCIACION NACIONAL DE INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
10. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, es miembro activo de la organización sindical ASOTRAINCOG.
11. A la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., se le comunicó sobre la afiliación del señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, al sindicato SINALTRAPACOL.
12. A la empresa EXPERTOS SERVICIOS LIMITADA., se le comunicó sobre la afiliación del señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, a la ORGANIZACIÓN SINDICAL, SINALTRAPACOL.
13. El 30 de abril de 2013, la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, le comunicó a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, que la exoneraba de la obligación de prestar sus servicios.
14. A la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, la empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, hoy SERDAN S.A., le cambió las condiciones laborales el 30 de abril de 2013.
15. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, atendía diariamente los clientes asignados por la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
16. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, ocupa el cargo de vicepresidente de la organización sindical ASONTRAINCOG.
17. A la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., el 4 de marzo de 2014, se le comunicó sobre la elección de la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, como vicepresidente de la organización sindical ASONTRAINCOG.
18. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, fue despedida el 14 de agosto de 2015.
19. La empresa EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA, hoy SERDAN S.A., desde el mes de enero de 2014, le pasaba facturas de nómina a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., incluida la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA.
20. La empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., le hacía llegar refrigerio a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, en la dirección del Barrio Santa Sofía, en la ciudad de Bogotá.

21. La empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., tenía establecido para el cargo de prevendedor un salario de \$ 4'200.000, mensual. ?
22. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, fue despedido por la empresa SERDAN S.A., el 12 de agosto de 2015. ?
23. La señora LIA PAOLA RUIZ GALLEG0, fue despedido por la empresa SERDAN S.A., sin previo permiso del Ministerio de Trabajo. ?
24. El señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, fue despedido por la empresa SERDAN S.A. gozando de estabilidad laboral reforzada.
25. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, adelantó acción de tutela contra la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., y SERDAN S.A.
26. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, fue reintegrado por el Juez Constitucional, al haber sido despedido gozando de la estabilidad laboral reforzada.
27. El reintegro del señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, se le concedió en forma transitoria mientras la justicia ordinaria laboral define sobre su reintegro.
28. La empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., le debe al señor JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, la diferencia salarial suscitada entre ella y los demás trabajadores que desempeñaron el cargo de coordinador y jefe de ruta.
29. Los señores RICARDO BALLEn VEGA, SANTIAGO MERCHAN CORTES, EDUARDO LADINO TOCORA, desempeñaron el cargo de , en INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
30. La señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, recibía diariamente ordenes de los jefes de Industria Nacional de Gaseosas S.A., a través de correos electrónicos. fue reintegrado por el Juez Constitucional, al haber sido despedido gozando de la estabilidad laboral reforzada.
31. La organización sindical SINALTRAPACOL y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., se encontraban en conflicto laboral al momento del despido.

Como se puede observar, en ambos casos las pretensiones se fundamentan en similares hechos, pues si bien la demanda que ocupa a la Sala incluye hechos nuevos (del 16 al 31) los mismos están relacionados con la finalización del contrato del 12 de agosto del 2015 y la estabilidad laboral que aducía tener para ese momento, como también el reintegro que fue ordenado por el Juez de Tutela; sin embargo lo cierto es que los dos escritos demandatorios se plantean en los mismos fundamentos fácticos relacionados con la existencia de un contrato realidad con INDEGA S.A. lo cual ya fue definido con la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá; decisión que valga indicar, fue objeto de recurso de apelación por INDEGA S.A. y también de CASACION, como más adelante se citará.

c) Identidad de objeto

Sobre este tercer tópico, en la demanda instaurada en el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. 30 2013 00562 00, se plasmaron las siguientes pretensiones (página 604 archivo 01 del expediente digital):

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CONDENAS:

Primero: Se declare que entre la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., existe un contrato de trabajo realidad y como consecuencia de esta declaración se ordene:

Segundo: Que se declare que no ha existido solución de continuidad desde la fecha de vinculación del demandante: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., hasta que se haga efectivo el reconocimiento del contrato de trabajo.

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES CONDENAS

Tercero: Se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., a restablecer las condiciones de la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, en el cargo de preveñedor el cual venía desempeñando en las instalaciones de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S., o a otro igual o superior categoría, ya que esta función obedece a una actividad permanente al objeto social de la demandada y haber superado el término que permite la legislación laboral.

Cuarto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, a reconocerle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, el salario de: Tres millones Doscientos mil pesos (\$3'200.000,00), durante los últimos tres (3) años.

Quinto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, a reconocerle al señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, las primas legales de junio y diciembre los últimos tres (3) años.

Sexto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LIMITADA, a reconocerle al señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, a reconocerle las vacaciones de los últimos tres (3) años.

Séptimo: Condenar a las demandadas a pagar las costas y gastos que ocasione el proceso, incluidas las agencias en derecho.

Ahora, en la demanda objeto de alzada, se elevaron como súplicas (archivo 01, páginas 3 a 5/ 269 y 270) las que se insertan a continuación. En este punto, valga acotar, el estudio de la Sala se centra únicamente en estas pretensiones:

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CONDENAS:

Primero: Se declare que entre el señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., existe un contrato de trabajo realidad y como consecuencia de esta declaración se ordene:

Segundo: Que se declare que no ha existido solución de continuidad desde la fecha de vinculación del demandante: LIA PAOLA RUIZ GALLEG0, y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., hasta que se haga efectivo el reconocimiento del contrato de trabajo y el reintegro

SE PROFIERA LAS SIGUIENTES CONDENAS

Tercero: Se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., a reintegrar al señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, en el cargo de prevendedor, el cual venia desempeñando en las instalaciones de la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S., o a otro igual o superior categoría, ya que esta función obedece a una actividad permanente al objeto social de la demandada y haber superado el término que permite la legislación laboral.

Cuarto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., a reconocerle y pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro a razón de (\$1'452.000, 00) mensual.

Quinto: Que se condene a la demandada: INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S. A., y solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., a reconocerle y pagarle al señor: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, los aumentos salariales causados en el interregno del despido.

Sexto: Que se condene a la demandada: Industria Nacional de Gaseosas S.A., a pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, las primas, vacaciones, cesantías, e intereses de las cesantías, desde el momento del despido hasta que se haga efectivo el reintegro.

Séptimo: Que se condene a la demandada: Industria Nacional de Gaseosas S.A., a pagarle a la señora: JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA, la diferencia salarial suscitada con los trabajadores que desempeñaron el cargo de de prevendedor, a quienes la empresa les pagaba un salario de (\$4'200.000. 00), mensual.

Octavo: Condenar a las demandadas a pagar las costas y gastos que ocasione el proceso, incluidas las agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

Señor Juez, de no prosperar las pretensiones principales tal como han sido invocadas, les solicito muy respetuosamente se me concedan las pretensiones subsidiarias de la siguiente manera:

1. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T., modificada por la Ley 789 de 2002, art. 29, al no pagarle el salario realmente devengado, con los intereses que se causen después de los 24 meses contados a partir del despido, a razón de \$60.000 diarios.
2. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la sanción moratoria establecida en el art. 99 de la ley 50 de 1990, a razón de \$48 400 diarios
3. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante el auxilio establecido en el art. 227 del C.S.T., a razón de (\$1'800.000,00), mensual.
4. Que se condene a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., solidaria y mancomunadamente a SERDAN S.A., pagar al aquí demandante la indemnización por despido injusto desde la fecha de ingreso o el reconocimiento del contrato de trabajo con INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., establecida en el artículo en el artículo 64 del C.S.T.

Conforme a lo que antecede y según lo señala la sentencia CSJ SL2910-2019, esta identidad de objeto se configura cuando:

“... la demanda versa sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pedido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica, así como sobre los elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.”.

En aplicación de lo expuesto, logra extraer la Sala, en la primera actuación adelantada por la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA -30 2013 562 00-, se solicitó como pretensión la declaración de la existencia de un contrato realidad con la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS -INDEGA S.A.- junto con el restablecimiento de las condiciones en el cargo de prevendedor que venía desempeñando y el pago de salarios, primas de junio y diciembre, vacaciones, anhelos que si bien fueron reconocidos por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 14 de abril del 2016 (*Audio archivo 02 expediente digital, récord: 56:23 a 58:43*)

PRIMERO: DECLÁRESE que la demandada EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA., ejerció actividades de intermediación laboral prohibida entre la demandante e INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

SEGUNDO: DECLÁRESE que entre INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. como el verdadero empleador y la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA (sic) identificada con cedula (sic) de ciudadanía No. 52.714.531 como trabajadora, existe un contrato de trabajo (contrato realidad), sin solución de continuidad, vigente desde el 9 de mayo de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNESE solidariamente a INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA., a pagar a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCIA (sic) las siguientes sumas de dinero:

a. \$90'235.908 por concepto de salarios causados entre el 17 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2015 y los que en lo sucesivo se causen

b. \$4.615.659 por concepto de prima de servicios causadas entre el 17 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2015. Y las que en lo sucesivo se causen.

c. \$3.759.830 por concepto de vacaciones causadas entre el 17 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2015 y las que en lo sucesivo se causen.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la motiva.

CUARTO: DECLÁRESE (sic) no probadas las excepciones propuestas por las demandadas INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA., conforme a lo expuesto.

QUINTO: ABSOLVER al llamado en garantía COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: CONDÉNESE en COSTAS a los demandados INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA., Líquidense por secretaria (sic) e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$7'500.000, que deberán pagar solidariamente a la demandante.

Tal decisión fue objeto de apelación por ambas demandadas y por ende esta Corporación mediante fallo del 10 de junio del 2016 revocó la sentencia de primer grado y absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas, señalando que el verdadero empleador de la accionante era SERDAN S.A. (Audio archivo 03 expediente digital, récords: 33:42 a 37:56 y 38:38).

Frente a dicho pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario de CASACION el cual fue desatado mediante proveído del 30 de junio del 2020 por la CSJ SALA LABORAL en sentencia SL2363-2020 Rad. 75579 disponiendo:

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el diez (10) de junio de dos mil dieciséis (2016) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA** contra **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS SA, INDEGA SA** y **EXPERTOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS LTDA.**, en el cual intervino la **COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS SA, CONFIANZA** como llamada en garantía.

Como se puede observar, las pretensiones aquí elevadas en efecto como se anunció desde la primera instancia ya fueron debatidas y decididas, esto es, se

estableció desde la sentencia del 14 de abril del 2016 (conforme lo explicado) que la relación laboral de la actora no fue con INDEGA S.A. sino con **SERDAN S.A.**, no pudiéndose entonces en esta oportunidad pretender un nuevo análisis respecto de la existencia del contrato de trabajo con INDEGA S.A.

En punto al recurso de apelación, debe señalar esta Sala, no tiene asidero jurídico el argumento del extremo activo dirigido a establecer que el presente proceso se inició en virtud de una orden de un juez constitucional, y que ello constituye un hecho nuevo, en tanto si nos remitimos a tal decisión judicial allí se estableció que el reintegro debía ser efectuado por SERDAN S.A. como su actual empleadora ordenándole a la accionante iniciar la acción laboral no por la existencia de un contrato realidad con INDEGA S.A. sino para obtener el reintegro de manera definitiva en virtud de una posible estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, por ende lo que debió haber realizado la parte actora era iniciar el proceso laboral solicitando como pretensión principal a SERDAN S.A. -su verdadera empleadora - el reintegro derivado de ese fuero de salud y no como aquí se realizó solicitando nuevamente la declaratoria de un contrato realidad con INDEGA S.A., advirtiéndose en todo caso dentro de este litigio ninguna pretensión se elevó dirigida a SERDAN tendiente a obtener un reintegro por estabilidad laboral reforzada dadas sus condiciones de salud, de modo que la interpretación que la profesional del derecho le da al fallo de tutela resulta completamente errada, al efecto se tiene de manera textual dicha decisión así (Archivo 01 expediente digital, págs. 199 a 208:

Ahora bien, en relación con la segunda exigencia para la procedencia de la acción de tutela como medio para obtener el reintegro laboral, esto es que el empleador tenga conocimiento de tal situación, considera esta instancia que se cumple puesto que el empleador ha tenido conocimiento del estado de salud de la accionante y es así que manifestó en la respuesta al escrito de tutela, que debido a que el acuerdo suscrito entre la empresa Industria Nacional de Gaseosas y SERDAN S.A, finalizó el 30 de abril de 2013, y que debió dar por terminado el contrato de trabajo y eliminar la denominación de cargos entre ellos el de la accionante, pero que haciendo un gran esfuerzo mantuvieron vigentes los contratos de trabajo de un grupo de trabajadores que gozaban de garantías forales, de salud y sindical, entre ellas la accionante.

Obsérvese además que en la visita empresarial realizada por la ARL AXA COLPATRIA, a la que ya se hizo alusión, misma que fue realizada dos meses antes de la terminación del contrato laboral, figura signada por un representante de la empresa, y ello permite colegir que estaba presente en ese momento y por tanto enterado el empleador acerca de las recomendaciones laborales que surgieron a raíz de esa visita, a su vez efectuada con ocasión del accidente de trabajo relacionado con lesión de tobillo.

Con relación a la tercera sub regla, esto es que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social o la autoridad de trabajo correspondiente, en este caso no se evidencia que haya la accionada solicitado el permiso respectivo ante dicha autoridad.

De suerte que en este asunto hay lugar a presumir que la causa de la terminación del contrato es el estado de discapacidad del accionante y ello conlleva a que haya lugar a ordenar el reintegro de la accionante en el cargo que desempeñaba o en uno similar mientras se surte la decisión ordinaria laboral pertinente, pues se reitera no fue solicitado el permiso respectivo a la Oficina de trabajo respectiva para proceder a la terminación del contrato de trabajo y ello de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, permite presumir que la causa es la situación de discapacidad.

(...)

Y teniendo en cuenta que la acción de tutela es un medio jurídico excepcional de amparo de los derechos fundamentales, que solo procede ante la inminencia de un perjuicio irremediable es decir aquel que es grave, y que demanda medidas urgentes para conjurarlo y por tanto la intervención pronta del juez de tutela, en este caso se advierte su inminencia dado que escuchada en declaración la accionante quien la rindió bajo la gravedad del juramento, manifestó que es madre cabeza de familia pues tiene dos hijas menores de edad a su cargo, así refirió en la declaración: *"Las dos niñas no son del mismo papá, Lizeth Restrepo García tiene mis mismos apellidos porque el papá no aparece por ningún lado, y Laurin Gabriela, tiene papá pero no me responde, ya está en curso proceso en el Bienestar Familiar"*

De igual manera relató en la declaración que no tiene ningún otro ingreso económico, que las niñas compañeras de su hija Lizeth, les llevaron mercado y las ex compañeras de trabajo que ganaron la tutela también le llevaron algo de mercado.

Por ello aunque indique el juzgado de primer nivel que la accionante tiene otros medios jurídicos a su alcance, y se señale por parte de la accionada que cursa proceso en el Juzgado 30 Laboral en el que se están debatiendo las pretensiones aquí planteadas, no se advierte que estos cuenten con la misma eficacia de la acción de tutela para repeler el perjuicio irremediable al que se ven enfrentadas la actora y sus hijas menores de edad. Sin embargo el amparo se concederá de manera transitoria, y por tanto conforme lo señala el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 la orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por la afectada.

Por manera que dadas las circunstancias de salud de la accionante, el no contar con otra fuente de ingresos diferente al salario y tener a su cargo a sus hijas Laurin Gabriela Pérez Restrepo y Lizeth Katherine Restrepo de 6 y 17 años respectivamente (f.138 y 145), se revocará la sentencia de primera y en su lugar se tutelarán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud y estabilidad laboral reforzada ordenando para ello al Gerente o Director o a quien haga sus veces de la empresa "SERDAN S.A", que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre a la accionante en forma inmediata al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía al que venía desempeñando, que sea acorde con su estado de salud.

De igual manera se ordenará que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, que el Gerente o Director o a quien haga sus veces de la empresa "SERDAN S.A", proceda a la indemnización correspondiente a los 180 días de que trata la ley 361 de 1997 y deberá ponerse al día con las cotizaciones de salud, pensión y riesgos profesionales

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido el 6 de octubre de 2015 por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, que negó la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: TUTELAR a la señora Jenny Alejandra Restrepo García los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, dignidad humana y estabilidad laboral reforzada, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: ORDENAR al Gerente o Director o a quien haga sus veces de la empresa "SERDAN S.A", que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre a la accionante señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA en forma inmediata al cargo que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía al que venía desempeñando, que sea acorde con su estado de salud.

CUARTO: ORDENAR al Gerente o Director o a quien haga sus veces de la empresa "SERDAN S.A que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, pague a la señora JENNY ALEJANDRA RESTREPO GARCÍA la indemnización correspondiente a los 180 días de que trata la ley 361 de 1997 y deberá ponerse al día con las cotizaciones de salud, pensión y riesgos profesionales del accionante, dejadas de cancelar. Tales pagos no podrán ser presentados como una nueva afiliación, sino como el pago de cotizaciones atrasadas, dada la ineficacia del despido efectuado.

QUINTO: ADVERTIR a la accionante señora Jenny Alejandra Restrepo García, que de no haberlo hecho, deberá ejercer la acción respectiva ante la jurisdicción ordinaria laboral por cuanto el amparo concedido permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo.

De lo anterior surge claramente, que existe identidad de partes, causa y objeto, por cuanto tanto en el proceso primigenio como en el presente se solita la

declaratoria de la existencia de un contrato realidad con INDEGA S.A. anheló que se itera ya se encuentra contenida dentro de la decisión que se adoptó por la jurisdicción en aquella oportunidad ante el Juez 30 Laboral de este circuito judicial.

Advirtiéndose si bien en este litigio se plantean unas pretensiones subsidiarias que no se señalaron en el proceso 2013-562, esto es, el pago de la indemnización moratoria, la indemnización por no consignación de cesantías y un auxilio por incapacidad, se tienen que las mismas derivan de la declaración de un contrato de trabajo con INDEGA lo cual conforme se vio ya fue definido, por ende, tales anhelos no pueden ser ahora aquí estudiados.

Así las cosas, la Sala colige con facilidad, que la decisión que adoptó el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá en el primero de los procesos 2013-562, contiene un pronunciamiento de fondo que **definió la situación jurídica de la actora de forma concreta**, que es precisamente lo que busca proteger la cosa juzgada y evitar así un doble estudio y pronunciamiento de fondo atinente a una misma causa (CSJ SL374-2013).

De ésta manera se evidencia la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 303 del C.G.P., es decir, identidad de partes, causa y objeto entre el proceso promovido ante el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y el presente trámite, que en conjunto traen como efecto ni más ni menos la configuración de la institución jurídica de cosa juzgada, no pudiendo entonces la Sala extraer conclusión diferente a la que arribó la Juez a quo, por lo que sin más consideraciones se prohijara la decisión de primer grado.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA 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 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una de las demandadas, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA BIBIANA
CALDERON REY CONTRA SALUD TOTAL E.P.S.-S. S.A. y GOLD RH S.A.S.
(RAD. 27 2018 00295 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio 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 ocasión de los recursos de apelación presentados por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de octubre del 2022 (Exp. Digital: *Audio archivo 13*, récord 1:02:25), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ROSA BIBIANA CALDERÓN REY y la empresa GOLD RH S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 13 de enero de 2014 al 1° de marzo de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad GOLD RH S.A.S. a pagar a la señora ROSA BIBIANA CALDERÓN REY las diferencias en los pagos efectuados por concepto prestaciones sociales y vacaciones en las siguientes sumas:

- \$1'667.378 por concepto de CESANTÍAS
 - \$180.924 por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS
 - \$2'714.751 por concepto de PRIMA DE SERVICIOS
 - \$1'299.102 por concepto de VACACIONES
- Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a RELIQUIDAR los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones durante los meses que en vigencia del contrato cotizó con un salario inferior al devengado, teniendo en

cuenta los salarios que se relacionaron en el archivo de Excel que forma parte integral de esta sentencia, a través de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada actualmente la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar a la señora ROSA BIBIANA CALDERÓN REY la suma de \$37.914.480 a título de indemnización moratoria y a partir del 3 de marzo de 2016 la empleadora pagará a la trabajadora los intereses moratorios causados sobre las prestaciones sociales insolutas hasta cuando el pago de las mismas se efectúe conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a pagar la señora ROSA BIBIANA CALDERÓN REY la suma de \$22.961.881 por concepto de la indemnización por la no consignación completa de las cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ABSOLVER a SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ROSA BIBIANA CALDERÓN REY, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de las obligaciones, falta de causa y titulo para pedir, pago, compensación, enriquecimiento, abuso del derecho y buena fe formuladas por GOLD RH S.A.S.; **PROBADAS** las de **INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL**, **COBRO DE NO DEBIDO**, **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** formuladas por SALUD TOTAL EPS- S.A. y **PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción formuladas por GOLD RH S.A.S.

OCTAVO: CONDENAR en costas a GOLD RH S.A.S, en la suma de \$8'000.000 como agencias en derecho.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda."

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

La parte demandante presentó inconformidad frente a la responsabilidad que le asiste a SALUD TOTAL en el reconocimiento de las obligaciones establecidas por el Juez de primer grado, señalando dicho aspecto fue solicitado de manera subsidiaria como una responsabilidad solidaria y por ende en su sentir así debe ser declarado.

Indica que dicha encartada de manera unilateral y por disposición propia creo la CTA TALEMTUM para la tercerización de procesos internos, y si bien existió un contrato de comodato respecto de la utilización de los elementos propios de la empresa ello no es eximente de responsabilidad, pues se debe tener en cuenta que todos los procesos incluso los asistenciales estaban tercerizados,

advirtiéndole que no se encuentra de acuerdo con lo considerado por la Juez a *quo* en cuanto a que la labor efectuada por la actora no se encontraba inserta dentro del objeto social de la empresa y que por lo tanto no era misional el aspecto comercial de la vinculación, pues conforme al Decreto 1485 de 1994 se establece en su artículo segundo la responsabilidad de las entidades promotoras de salud y en su literal a) se encuentra la de promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de Seguridad Social en salud, en su ámbito geográfico de influencia, bien sea a través del régimen contributivo o a través del régimen subsidiario.

Por lo que en su sentir no se puede decir que no tenía la obligación porque no se encuentra o no está plasmado dentro de su objeto social, pues el tema de las afiliaciones es un deber legal y no puede ser excluido por la empresa, resaltando dicha responsabilidad es ineludible y en ese orden no se puede eludir de la responsabilidad solidaria.

Frente a las condenas no se encuentra de acuerdo con la prescripción de las cesantías, pues estas se causan a la terminación del contrato de trabajo por lo que la prescripción debe iniciar a contabilizarse desde esa data, aduciendo los pagos realizados fueron irregulares y no se hicieron conforme lo establece la Ley 50 de 1990 y por ende conforme al artículo 254 del C.S.T. deben volver a pagarse en su totalidad sin que se vean afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente señala se debe condenar en costas a la demandada Salud Total.
(Exp. Digital: *Audio archivo 13*, récord 1:05:31¹)

¹ **APODERADO PARTE DEMANDANTE**

Muchas gracias señora Juez, pues agradeciendo el análisis realizado por el despacho frente a las pretensiones invocadas, sí quiero presentar un recurso de apelación de manera parcial frente a la determinación adoptada por el despacho y que se circunscribe, en solamente 3 tópicos:

Primero de ellos, es frente al establecimiento de la responsabilidad que le asiste a salud total frente al reconocimiento de las obligaciones que ha establecido aquí el despacho, pues si bien es cierto dentro de las pretensiones principales y subsidiarias, establece, pues la vinculación directa de salud total, frente a la responsabilidad de las labores de la demandante, aspecto que en el aspecto principal contrato realidad y en el aspecto subsidiario de la responsabilidad solidaria, ha sido absuelto, pues si me interesaría igualmente para que la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, se disponga a analizar los elementos de juicio planteados dentro de la presente demanda, a fin de que igualmente sea planteado y eh igualmente condenado en costas a la parte demandada Salud total frente a la responsabilidad que le asiste o que le asiste frente a el desarrollo contractual de la demandante y los fundamentos de ello, primeramente o primera medida que igualmente sirven o servirían de soporte también, frente a la eventual pretensión subsidiaria de la responsabilidad solidaria, eh, atienden a que, pues precisamente conforme se ha establecido dentro del dentro del presente asunto, la parte demandada Salud Total por virtud unilateral y por disposición propia, creó, concibió y creó la cooperativa de trabajo asociado Talentum, que, como los

resaltaban los alegatos de conclusión ante el despacho, fue una cooperativa que contraviene todos los lineamientos legales frente a la convicción concreta de lo que debe ser una cooperativa de trabajo asociado, esto es, la voluntad de unos trabajadores que crean, o que convienen reunirse para el desarrollo de una actividad propia y desarrollar esas actividades como su único empleador sin circunstancia, pues que igualmente, cómo se resaltó ante el despacho ha sido desvirtuada, teniendo en cuenta que salud total, fue la misma, quién creó la cooperativa de trabajo asociado, así está demostrado dentro del plenario, al hacer parte de ellos de la creación, los señores Wilches, que son los propietarios y actualmente propietarios y directores de salud total y que pues en su época tampoco generaba ninguna diferencia y que igualmente también cómo ha sido demostrado dentro del juicio, la utilizaron para la tercerización unilateral de sus propios procesos internos, lo resaltaba aquí el despacho frente a un ámbito que proteccionista a (sic) hacia la tercerización que válidamente dentro del contrato dentro de la virtud de tercerización, Salud Total se había desvinculado de todos sus procesos y que por ello, pues finalmente lo decía a una justificación válida para poder desarrollar las actividades laborales del aquí demandante en sus propias oficinas o sus propias instalaciones con sus propios elementos de salud total y con todo el andamiaje, pues significa y considero ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que es una actuación totalmente diversa y como lo señalaba igualmente dentro del dentro de los alegatos de conclusión, ya la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que los contratos de comodato, frente a los elementos de la utilización de los elementos propios de la empresa no son una virtud, no son eximentes de la responsabilidad, sino que todo lo contrario, siempre la Corte los ha tenido como un elemento, en contra teniendo en cuenta que no se tenían en cuenta (sic) que no se tenían como propietarios los elementos necesarios para desarrollar las funciones del aquí demandante, y menos aun cuando lo considera el despacho que, pues finalmente era válido realizarlo porque todos los procesos incluso lo resaltaba los asistenciales, estaban tercerizados, aspecto, pues que finalmente también genera una contradicción frente al despacho a la finalización, cuando decía, pues que igualmente, como eh, los procesos únicos que podía tercerizarse, eran los diversos a los propios de la, de la (sic), de la demandada y que por ello solamente deberían ser los asistenciales, cuando igualmente los resalta el inicio la eh el despacho que también fueron tercerizados, pues circunstancia que si bien es cierto no es la de análisis de este proceso, pues sí devienen en que hubo una ilegalidad en la tercerización y no solamente ese aspecto de la tercerización se limita a este (sic) a este aspecto del contrato de comodato y que, el despacho de primera instancia, pues aludía a que no se encontraban inscritos dentro de su objeto social inscrito y que por tanto no era misional el aspecto comercial de la vinculación, pero conforme lo resaltaba en precedencia ante el despacho frente al análisis normativo, encontramos el decreto 1485 de 1994 que literalmente dentro de su artículo segundo, establece con claridad, responsabilidad de las entidades promotoras de salud y el literal a. De las responsabilidades de las entidades promotoras de salud, esto no es no (sic), no es que sea dentro del ámbito de la de la inscripción de la demanda frente a (sic) a su objeto social en (sic) ante Cámara de Comercio, sino que directamente es un aspecto totalmente normativo, encontramos a) promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de Seguridad Social en salud, en su ámbito geográfico de influencia, bien sea a través del régimen contributivo o a través del régimen subsidiario.

Entonces esto, no es que lo tengamos ni que podamos válidamente decir que no tiene la obligación que solamente porque no se encuentra o no está plasmado dentro de su objeto social inscrito ante Cámara de Comercio, sino que es un deber legal y que no puede ser excluido válidamente por la empresa con y presuntamente un alcance diferente, entonces aquí estamos frente a una obligación legal, mas no un aspecto este(sic) de establecimiento de (sic) de inscripción de las EPS frente a Cámara de Comercio, esta responsabilidad es ineludible y que finalmente igualmente también, incluso los resaltaba el apoderado de la parte demandada salud total, donde decía, sí, esto es una obligación normativa y explicaba unas razones diferentes, pero no la conclusión del despacho, al quitarle o restarle el valor legal que considera el ámbito normativo frente a la obligación y las responsabilidades que deben tener las EPS frente a los a las circunstancias de afiliación y por ello pues es que finalmente a más de que estamos hablando de una tercerización ilegal en debida, tampoco sería, entonces hoy se para poderlos excluir de la responsabilidad solidaria, porque pues bien es cierto, como lo dice el mismo artículo, no se puede desligar de esta obligación y si bien es cierto, también tenemos en cuenta como los resaltaba yo en los alegatos de conclusión que el mismo decreto 1485 establece una posibilidad de que puedan contratarse unos entes, tampoco finalmente lo cumplía, tampoco ni salud ni Talentum, ni GOLD R.H, cumplía con los establecimientos específicos de la ley para poder desarrollar esta actividad de manera de realizarlo con terceros, porque, pues, nunca incluso demostró tener la autorización debida que establece la ley para poder realizar su desarrollo y así de manera autónoma de manera, eh, perdóname de manera generalizada ha sido asumido por la generalidad de los despachos judiciales, han sido asumida igualmente por los tribunales superiores, incluso por la Corte Suprema de Justicia, aspecto pues que pues sí resaltó que es muy particular frente a la a a (sic) la posibilidad que ha establecido este despacho para desligarse total responsabilidades a salud total máxime, cuando un trabajador está desarrollando labores y responsabilidades frente a la afiliación o frente a su objeto mismo social, que pues no consideró.

Por otra parte, el apoderado de la demandada GOLD RH presenta recurso de apelación de manera parcial, en primer lugar, en relación con los pagos no constitutivos de salarios, expresando la juzgadora interpreto mal los medios de transporte como factor salarial, en tanto en el contrato de trabajo que firmó la

Recordemos igualmente, que las que la empresa demandada salud total porque así fue, concibió la creación de la de la cooperativa de trabajo asociado y que igualmente fue vinculada jurídicamente administrativamente una investigación del Ministerio de trabajo y que por virtud de ello, como bien es sabido, el Ministerio de trabajo puso en frente eh las tercerizaciones que se habían desarrollado a través de cooperativas de trabajo (sic) la responsabilidad de las empresas para que asumieran realmente la vinculación de estos trabajadores mediante un contrato de trabajo y no como habían sido y que, asimismo se ha demostrado en esta oportunidad de deslegitimar a los trabajadores y vulnerable sus derechos, como trabajadores frente a la vinculación por cooperativas de trabajo asociado, circunstancia pues que salud total, que como está también igualmente y el despacho de primera instancia, así mismo lo ha concebido, se vinculó o se comprometió a través de un acuerdo de formalización laboral ante el Ministerio de trabajo a realizar la formalización laboral de estos trabajadores, pero aquí hay un aspecto muy importante que hicieron muchas compañías y es la vinculación por medio de contratos de trabajo, los exime no los exoneraron parcialmente frente a la responsabilidad que le interesaba administrativamente al ministerio, esto es brindarles las garantías de los trabajadores, mas no, sin embargo, los excluya frente a el deber legal de sí, realizaron o no realizaron debidamente el desarrollo del contrato de trabajo aspecto, pues que difiere igualmente frente a una u otra responsabilidad, y no se considera pues validado que porque ellos desarrollaron un acuerdo de formalización laboral para continuar con la tercerización laboral indebida, porque esto no le cambia la responsabilidad atribuida por el decreto 1485 por la eventualidad que los vinculen a través de una SAS, la empresa debería continuar o debe continuar con la responsabilidad de sus trabajadores, así sea por la vinculación que se realizaba, circunstancia por la cual, evidentemente, partiendo de los principios de que igualmente las cooperativas de trabajo asociado como tenían vinculada a la demandante frente a una estructura vertical donde establecen que tenían unos jefes y una orden jerárquico, que pues divinamente también lo ponía de presente, en esta oportunidad, el apoderado de la parte demandada Salud Total, pues lo cierto es que las cooperativas de trabajo asociado no desarrollan su actividad de manera vertical, sino horizontal, porque pues finalmente los trabajadores no deben de estar sometidos a una pirámide como lo hacen las estructuras de las de las compañías o de las sociedades económicas, sino que, pues por el contrario, tiene que ser una estructura totalmente horizontal con sus propios medios en los cuales no tenía y con una autonomía suficiente que tampoco la podía tener porque estamos hablando de los afiliados y de los beneficiarios de un régimen, que voluntariamente o que no podía contrario a lo afirmado por el despacho de manera autónoma y autogestionaria, asumir la totalidad de las obligaciones de una EPS por ese lado entonces.

Y por otro lado, frente a los aspectos de condenas económicas, quiero plantear la apelación frente a la afectación prescriptiva, del derecho a las cesantías que ha realizado el despacho, partiendo del principio general que las cesantías, como su nombre lo indica, ha sido concebida legalmente para periodo cesantes, esto es causados con posterior a la terminación del contrato y por ello, sí es cierto, la ley 50 de 1990 ha estableció la posibilidad o la facultad del empleador para la consignación anualizada de los valores de las cesantías, no significa esto una liquidación, si por ello los afectos de prescripción de las cesantías corren a partir de la terminación del contrato, esto es la fecha en que se debía realmente o válidamente constituir la causación del beneficio y así mismo igualmente solicitó a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá lo tenga analizado, partiendo de principios e interpretaciones mismas creería yo que también igualmente pacífica, por parte de la Corte Suprema de Justicia frente a la interpretación de la prescripción de la cesantía y, por otra parte, igualmente debemos de tener en cuenta lo plasmado en el artículo 254 del código sustantivo del trabajo, relativo a el pago inadecuado o el pago ilegal de las pagos parciales realizados por las cesantías, porque si bien es cierto estamos reclamando las el pago de las cesantías en los periodos trabajados por mí representada a través de cooperativas de trabajo asociado, lo cierto es que la parte demandada no acreditó pagos y que evidentemente no fueron realizados conforme lo establece la ley 50 de 1990, razón por la cual todos los aspectos que han sido o eventualmente reconocidos bajo que no lo realizaron, pero presuntamente para pagar o cumplir la expectativa de las cesantías son pagos irregulares, circunstancia que está sancionada por el artículo 254 del código sustantivo del trabajo y de (sic) por virtud de ello deben ser realizados nuevamente o realizado su pago en su totalidad, sin afectar el derecho prescriptivo que ha realizado este partir del, de la fecha 25 de mayo de 2015 y por lo tanto solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá reliquidar o la condena impuesta por el aspecto de las cesantías.

Entonces en esos aspectos dejo plantear mi recurso de apelación atándome o acogéndome a las demás determinaciones adoptadas por el despacho. Muchas gracias.

demandante se estableció que los mismos no constituían salario porque no retribuían en ningún caso el servicio prestado al contrario eran pagos encaminados a que la persona pudiera cumplir con su actividad comercial y así no generara erogaciones para desarrollar sus actividades como ir a los lugares donde tenía que hacer las afiliaciones, llevar formularios, recoger información, entre otros, de modo que ese pago no era para enriquecer su patrimonio sino para reconocer un mecanismo de desarrollo de sus actividades propias, resaltando que conforme al artículo 128 del C.S.T es claro que los medios de transporte son pagos no salariales y por ende no pueden servir de base para la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes a seguridad social.

En segundo lugar, señala no compartir las fechas sobre las condenas y los términos prescriptivos, en tanto el contrato de la demandante finalizó el 1° de marzo del 2017 y el otrosí del contrato fue el 1° de noviembre del 2016 por lo que no se puede ordenar la reliquidación durante todo el tiempo.

En cuanto a la condena de la reliquidación de pensiones expresa los aportes a pensión si prescriben, en tanto lo que no prescribe es el derecho a la pensión y en esa medida asegura hay pagos pensionales que se encuentran prescritos.

De otro lado indica se debe tener en cuenta la buena fe de su representada para la imposición de las condenas por sanciones moratorias del artículo 65 del C.S.T. y la de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías, dado que el contrato de trabajo de la demandante fue revisado, analizado y validado por el Ministerio de Trabajo en el acuerdo de formalización estableciéndose que ningún pago realizado a los trabajadores se podía considerar como afectación de sus derechos mínimos laborales sin que existieran quejas de los trabajadores por dichos pagos.

Por último, solicitó se analice la condena en costas bajo el entendido que la sociedad actuó de buena fe y no debería ser objeto de esa condena. (Exp. Digital: *Audio archivo 13*, récord 1:21:00²)

² **APODERADO PARTE DEMANDADA GOLD R.H.**

Listo señora Juez, de manera muy respetuosa, presento recurso de apelación de manera parcial y lo presenté de manera parcial porque en la decisión que acaba de emitir su honorable despacho, hay decisiones que son favorables a los intereses de mi representada, por ello frente a los puntos que les son

favorables no presento eh ningún (sic) no presentó ningún tipo de recurso apelación y el recurso de apelación se fundamenta en los siguientes puntos y en los siguientes aspectos:

Primero, frente a los pagos no salariales, creo que de manera equivocada, el despacho ha interpretado si los medios de transporte, así como factores salariales y los ha interpretado de manera equivocada, porque ha desconocido en primer lugar varios aspectos jurídicos y varios aspectos fácticos en cuanto al aspecto fáctico, si nosotros revisamos el contrato de trabajo inicial que firmó la demandante, es un contrato en el cual se habla de medios productivos que no son pagos constituyente de salario que no retribuye en ningún caso el servicio prestado, todo lo contrario, son pagos que van encaminados, para que la persona pueda cumplir con su actividad comercial y a su vez, pues no realice erogaciones para las actividades como son ir a los sitios en los cuales hay que hacer afiliaciones, llevar formularios, recoger información, etcétera, etcétera.

Eso es totalmente claro, que no es para enriquecer su patrimonio, sino para reconocer un mecanismo el cual le pueda servir para hacer sus actividades propias, pero ningún supuesto prestación personal del servicio. Adicionalmente, este honorable despacho, ha establecido o no ha tenido en cuenta que si revisamos el contrato inicial que está en la cláusula tercera, pero a su vez revisamos el otro sí, son documentos totalmente distintos solamente de la revisión de altura de los mismos, se evidencia que no los estaban reconociendo los mismos pagos y los mismos derechos, por ese motivo, está claro que tanto un pago como el otro, tanto un contrato inicial como el otro si son totalmente distintos y no podría ningún caso establecerse claramente como una misma relación, simplemente que se regularizó como se manifestó un pago de comisiones, lo cual no es cierto, porque los documentos son distintos reconocimientos puntuales distintas y por ese motivo no debe haber condena de ningún punto en ese aspecto.

A su vez, este honorable despacho desconoció claramente el artículo 128 del código sustantivo del trabajo, que establece que son pagos no salariales, aquello que recibe el trabajador no para enriquecer patrimonio sino para cumplir a cabalidad sus funciones, cómo son los medios de transporte, lo cual se cumpla a cabalidad dentro de este proceso de la referencia, inclusive, está claro y mi representada hizo el pago respectivo de salarios, prestaciones sociales y Seguridad Social, teniendo en cuenta el artículo 17 de la ley 344 y 1996, que claramente se establece que sobre los pagos no salariales no se hacen aportes ni a Seguridad Social ni sobre vacaciones, ni sobre primas, etcétera, etcétera.

Y a su vez este honorable despacho, desconoció el precedente judicial aplicable para la fecha de los hechos, que es en un caso similar en la sentencia del 27 de mayo del año 2019, con radicación 32657, la Sala laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, estableció claramente que esos pagos deberían considerarse como no salariales y por ese motivo no sirven para pagar ni periodo social, ni vacaciones ni Seguridad Social, eso por tal motivo. En primer lugar, mi recurso apelación se fundamenta en que ninguno de los pagos que ha tenido la denominación de pagos no salariales pueda constituirse considerarse como pago salarial porque, todo lo contrario, de acuerdo a los hechos y a la normatividad vigente, debe reconocer su valor de pagos no salariales.

En segundo lugar, de manera muy respetuosa, no comparto con este despacho judicial algunos aspectos relacionados con las fechas sobre las condenas y a su vez, sobre los términos prescriptivos. ¿por qué? Porque debemos tener en cuenta lo siguiente, la terminación de la trabajadora se hizo el 1º de marzo del año 2017, pero el cambio, la modificación de él u otrosí al contrato de trabajo es de noviembre del año 2016, por ese motivo, no durante todo el tiempo de reliquidación, reliquidación se puede establecer esa condena.

Otro aspecto que también quiero resaltar es que, en materia pensional, lo que no prescribe el derecho a la pensión, pero la reliquidación de pensiones, la honorable corte Suprema en Sala Laboral la dicho claramente en diferentes oportunidades, que los aportes si prescriben lo que no prescribe el derecho a la pensión, por ese motivo hay pagos pensionales que obviamente se encuentran debidamente prescritos.

y a su vez, en tercer lugar, señora juez, yo quiero de manera muy respetuosa que el tribunal Sala Laboral de Bogotá tenga en cuenta, la buena fe de mi representada y por ese motivo no haya ninguna condena por sanciones moratorias, por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por no pago de cesantías consagrada en la ley 50 de 1990 porque si ha habido algo de mi representada es buena fe, porque los contratos de trabajo, como pocas veces pasan en una relación laboral normal, fueron revisados, analizados, inclusive validados por el no por el ministro del trabajo en general por el viceministro, que era el encargado de revisar estos acuerdos de formalización laboral, inclusive desconoce este Honorable Despacho que el 18 (sic) del año 2016, en una revisión y un seguimiento que se le hizo claramente a estos pagos, se estableció que ningún contrato, ni ningún pago realizado a los trabajadores se podía considerar como afectación de sus derechos mínimos laborales, inclusive no hubo ninguna queja de ningún trabajador sobre dichos pagos por ese motivo Honorables magistrados, (sic) frente a este punto, si quiero observar y

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ROSA BIBIANA CALDERON REY las pretensiones elevadas a páginas 5 a 8 del archivo digital 01, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a páginas 9 a 15, solicitando de manera PRINCIPAL:

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Salud Total EPS S.A. entre el 4 de enero del 2010 y hasta el 1° de marzo del 2017.
- Se declare que la CTA TALENTUM y GOLD RH S.A.S. actuaron como simples intermediarias conforme al artículo 35 del C.S.T.
- Se declare que los dineros pagados por TALENTUM y por GOLD RH S.A. denominados como medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transportes, auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, totalmente campeones, realmente eran comisiones que retribuían su labor como asesora comercia y por lo tanto se consideran salario, y en consecuencia
- Se condene a SALUD TOTAL EPS S.A. y solidariamente a GOLD RH a pagar la reliquidación de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas, aportes a pensión y salud del 4 de enero del 2010 al 1° de marzo del 2017 sobre la base de la última remuneración percibida de \$1.138.790, como también el pago de la indemnización por no consignación de las cesantías con el salario realmente devengado, sanción del numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la diferencias de aportes a pensión y salud que no se hicieron sobre el salario real recibido, indemnización por despido sin justa causa, indexación de las

quiero reiterar que mi representada siempre actuó de buena fe, no como se dijo para no pagar una obligación, no, lo hizo de manera consciente de que cumplía con los postulados normativos y jurisprudenciales de pagos no salariales.

hay solamente señora juez teniendo en cuenta la condena en costas, también presentó recurso plazo de las mismas, porque las considero (sic) más en un caso como éste, en el cual mi representada actuó de buena fe y no debería ser objeto de ninguna condena de manera muy respetuosa señora juez he presentado mi recurso de apelación. Muchas gracias por su atención.

condenas, intereses moratorios de las sumas adeudadas, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*.

De manera SUBSIDIARIA solicitó:

- Se declare que los dineros pagados por GOLD RH S.A. en calidad de empleador entre el 14 de enero del 2014 y el 1° de marzo del 2017 denominados medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos realmente eran comisiones que retribuían su labor como asesora comercial profesional a favor de SALUD TOTAL EPS S.A. y por tanto se consideran salario.
- Se declare que durante el tiempo en que estuvo vinculada con GOLD RH S.A.S. no se le pagaron, primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a pensión y salud sobre el salario realmente percibido y por tanto deben reliquidarse.
- En consecuencia, se condene a GOLD RH y solidariamente a SALUD TOTAL EPS S.A en aplicación del artículo 34 y/o 35 del C.S.T. a pagar la reliquidación de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas, diferencia de aportes a pensión y salud del 14 de enero del 2014 al 1° de marzo del 2017 tomando como última remuneración la suma de \$1.138.790, igualmente se le pague la sanción por no consignación de las cesantías, sanción del numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indexación de las condenas, intereses moratorios de las sumas adeudadas, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a las aspiraciones de la parte demandante pues se accedió a las pretensiones subsidiarias declarando la existencia del contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S. del 13 de enero del 2014 al 1° de marzo del 2017, ordenando la reliquidación del auxilio de cesantía, sus intereses, primas de servicios y vacaciones, como también los aportes a pensión incluyendo en la base salarial el denominado auxilio de medios de transporte y auxilio para equipos productivos; ordenó el pago de la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías, absolvió de las demás pretensiones de la

demanda; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 25 de mayo del 2015 y no probadas las demás excepciones y condenó en costas a cargo de la demandada GOLD RH S.A.S.

La Juez de primer grado estableció que no se acreditó la existencia del contrato de trabajo con SALUD TOTAL EPS pues si bien hubo una prestación personal del servicio de la demandante como asesora comercial de afiliaciones de la EPS entre el 4 de enero del 2010 a 4 de marzo del 2017 tales servicios fueron prestados en virtud de vinculaciones y contratos en los cuales SALUD TOTAL EPS no actuó como su empleadora, pues en primer lugar del 4 de enero del 2010 al 13 de enero del 2014, la actora era asociada de la CTA TALENTUM y el poder subordinante lo ejerció esa CTA y no la EPS, señalando que si bien la actora prestó sus servicios en las instalaciones propias de la EPS lo cierto es que todos los bienes utilizados fueron cedidos en virtud del contrato de comodato lo cual permitía su uso para el cumplimiento de la oferta mercantil actuando como si fuera propietario, igualmente del 13 de enero del 2014 al 1° de marzo del 2017 señaló que se evidenció condiciones de independencia pues lo que hubo fue un contrato entre la demandante y GOLD RH en virtud de un contrato de mandato con SALUD TOTAL, por lo que esta EPS en su sentir cumplió con la carga probatoria en virtud del artículo 24 del C.S.T. pues acreditó que los servicios personales prestados por la accionante no correspondían a un vínculo laboral en el que la EPS asumiera como empleadora.

Respecto a las pretensiones subsidiarias dirigidas a obtener la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta como factores salariales los denominados beneficios, auxilios o aportes, luego de hacer un recuento de las tesis expuestas por las partes indicó que por regla general todos los pagos que recibe el trabajador por su labor subordinada son salario a menos que se trate de prestaciones sociales, sumas en dinero o en especie entregadas al trabajador en contraprestación directa del servicio y pagos laborales que por disposición legal no son salario o que poseen un propósito remunerativo, beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados en convenciones o contractualmente otorgados en forma extralegal cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario.

En el caso objeto de estudio indicó que, de acuerdo a las copias de los desprendibles de nómina, a la demandante se le pagó los citados beneficios en forma mensual, de modo que los recibía directamente la trabajadora. De lo anterior, concluyó que el beneficio era reconocido de forma habitual y ordinaria; y, aunque la empleadora negó la connotación de tal pago, indicando que no se le reconocían como retribución de sus servicios, sino que correspondían a un beneficio otorgado por mera liberalidad, tal argumento no se compadecía con la realidad del expediente, por tanto no lo acogió, pues el aporte voluntario le era entregado a la trabajadora, no fue una mera liberalidad. Concluyó así, que el beneficio era retributivo de los servicios de la trabajadora, por tanto, debía tenerse como factor salarial para las prestaciones y aportes al sistema de pensiones. En tal sentido era viable acceder al reajuste salarial solicitado, teniendo en cuenta la diferencia entre la base salarial considerada por la empleadora y la que debió efectivamente tener en cuenta con dichos auxilios reconocidos de manera habitual.

Luego de determinar la procedencia de la reliquidación pretendida paso al estudio de la excepción de prescripción determinando que la relación laboral terminó el 1° de marzo del 2017, y la demandante acudió al proceso ordinario el 25 de mayo del 2018, de modo que fue con la presentación de la demanda que se interrumpió el fenómeno extintivo pues se notificó dentro del año a las demandadas y de esa manera resultaron afectadas de manera parcial sus acreencias, que pretende reclamar a través de este proceso, por tanto, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con las acreencias sociales pretendidas antes del 25 de mayo de 2015.

Respecto a la sanción de que trata el artículo 65 del CST, y 99 de la Ley 50 de 199 consideró, en el presente caso, por haberse efectuado un pago de forma parcial a lo adeudado a la demandante, advirtió una mala fe de parte de esta demandada y por ello impuso las referidas sanciones.

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

segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la decisión a la que arribó la Juez de primer grado en cuanto a que el único contrato de trabajo de la demandante lo fue con GOLD RH S.A.S. desarrollado del 13 de enero del 2014 al 1° de marzo del 2017, pues ello no fue objeto de apelación por la parte actora.

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

De conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como problemas jurídicos: determinar si los pagos devengados por la actora durante la vigencia de la relación laboral con GOLD RH y denominados «auxilios» constituyen factor salarial, estableciendo si dan lugar a la reliquidación de las acreencias laborales percibidas por la actora; si es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y de la SS, así como la sanción consignada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la prescripción de la reliquidación de los aportes a pensión, la prescripción de las cesantías, la fecha desde la cual se ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales y la responsabilidad solidaria de SALUD TOTAL EPS y las costas procesales.

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

Pues bien para resolver el primer problema jurídico **-pagos no constitutivos de salario-** se tiene que la parte demandante solicitó en las pretensiones subsidiarias declarativas y de condena (págs. 7 y 8 Archivo 01 expediente digital) que se reliquidaran las cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, primas, aportes a pensión y salud reajustaran los aportes a pensión, salud, primas, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías y aportes parafiscales, durante la relación laboral que sostuvo con GOLDEN RH S.A.S., teniendo en cuenta para tal fin, los llamados “*MEDIOS DE TRANSPORTE, AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE, AUXILIO NO SALARIAL RECONOCIMIENTO DE EQUIPOS PRODUCTIVOS*” ,

por considerarlos factor salarial.

Ante dicha petición la parte demandada manifiesta que la demandante recibió la remuneración y los pagos NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO o MEDIOS DE TRANSPORTE, de conformidad con lo acordado por las partes, lo establecido por la ley y lo señalado por la jurisprudencia, aduciendo en la alzada tales auxilios no eran retributivos del servicio, sino eran pagos encaminados a que la persona pudiera cumplir con su actividad comercial y así no generara erogaciones.

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

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

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

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

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que la parte demandante aportó a folios 307 a 344 del expediente digitalizado Archivo 01, los comprobantes de pago de nómina correspondientes a los periodos de enero del 2014 a febrero del 2017.

Documentos que fueron aportados al proceso por la parte demandante y que en virtud de lo dispuesto en el art. 244 del CGP gozan de autenticidad, aunado al hecho de que no fueron tachados por la demandada. En todo caso, dicho extremo procesal también aportó reportes de nómina por todo el tiempo laborado (páginas 618 a 655 ibidem).

De la revisión de dichos folios se logra extraer que a partir del mes de marzo del 2014 GOLD RH S.A.S. empezó a pagar a la actora, adicional al SUELDO un “*AUXILIO NO SALARIAL PARA MEDIOS DE TRANSPORTE*” y un “*AUXILIO NO SALARIAL PARA RECONOCIMIENTO EQUIPOS PRODUCTIVOS*”, conceptos que, de acuerdo a lo allí descrito eran pagados directamente a la trabajadora. Tales emolumentos, encuentran soporte en la CLAUSULA TERCERA del contrato de trabajo así (pág. 275 Archivo 01 expediente digital):

TERCERA. MEDIOS DE TRANSPORTE. EL EMPLEADOR reconocerá y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre cada cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo. b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registrada legalmente, con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces. c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del período, d) Que la asignación de I.P.S. primaria y A.R.L., se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA, la cual debe haberse efectuado por mes completo, lo cual sólo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los 30 días del respectivo mes. **PARAGRAFO PRIMERO:** Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. **PARAGRAFO SEGUNDO:** En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado. Así las cosas, EL EMPLEADOR queda desde ahora expresamente facultada para descontar este valor de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. **PARAGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL.** Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de EL(LA) TRABAJADOR(A), que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales. **PARÁGRAFO CUARTO. CONDICIONES:** Las partes acuerdan y aceptan que las condiciones del eventual reconocimiento de los beneficios y/o auxilios citados las determinará de forma discrecional el EMPLEADOR, quien se reserva la facultad de modificarlas parcial o totalmente, siendo que el reconocimiento de los beneficios y/o auxilios no salariales de que trata la presente cláusula se realiza por su mera liberalidad. **PARÁGRAFO QUINTO. NATURALEZA E INCOMPATIBILIDAD.** En consideración a la naturaleza extralegal e individual de los beneficios y/o auxilios consagrados en el presente contrato, las partes acuerdan que los beneficios y/o auxilios contenidos en este documento o en cualquier otro que lo adicione o modifique, son excluyentes e incompatibles con cualquier otro beneficio de origen colectivo, extralegal o judicial al que pudiera tener derecho EL (LA) TRABAJADOR(A). **PARÁGRAFO SEXTO. IMPUTABILIDAD.** Las partes reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios de que trata el presente contrato serán imputables a cualesquiera otros beneficios y/o auxilios que el EMPLEADOR tuviere que reconocer por disposición legal, acuerdos colectivos, decisiones arbitrales o de índole judicial de cualquier naturaleza o clase. **PARAGRAFO SEPTIMO:** EL (LA) TRABAJADOR(A) declara conocer y acepta en forma expresa e irrevocable que las condiciones para el reconocimiento de los medios de transporte así como sus montos se encuentran consignados en la política que para tal efecto EL EMPLEADOR apruebe y notifique anualmente o con la periodicidad que discrecionalmente el EMPLEADOR disponga, documento que le será dado a conocer a EL(LA) TRABAJADOR(A) y que hace parte integral de este contrato.

Ahora bien, el 1° de noviembre del 2016 se realizó un otrosí al contrato de trabajo en donde se pactaron el pago de unas comisiones con las condiciones así señaladas (págs. 302 a 306 archivo 1) y si bien allí se dejó plasmado que se dejaba sin efecto la cláusula tercera del contrato de trabajo en cuanto a la política de medios de transporte y la de reconocimiento de medios productivos, lo cierto es que tales conceptos continuaron siendo pagados en las nominas de diciembre del 2016 y enero del 2017 (págs. 653 y 654 archivo 01 expediente digital)

TERCERO. Las partes reconocen y aceptan expresamente que los efectos del presente otrosí se surten hacia futuro a partir de lo causado y gestionado en lo variable desde el 01 de noviembre

de 2016 y cuyo pago se realiza en el mes de febrero de 2017, en ningún caso sus efectos tendrán el carácter de retroactivo dada la absoluta legalidad formal y material de lo pactado hasta el momento. El presente documento deja sin efecto a partir de la vigencia descrita en la presente cláusula cualquier otrosí que se haya firmado con anterioridad sobre el mismo concepto así como la cláusula tercera del contrato de trabajo celebrado con EL(LA) TRABAJADOR(A) la política de medios de transporte que regulaba lo señalado en la mencionada cláusula. y política de reconocimiento de equipos productivos.

De las pruebas relacionadas advierte esta instancia que la parte demandante acreditó que los referidos pagos eran reconocidos por la demandada de manera constante, durante el vínculo laboral. De lo cual, también se infiere, el valor señalado como constitutivo de salario, más el intitulado como no constitutivo de aquel, conformaban la totalidad de la remuneración por los servicios prestados por la demandante, lo que correspondía a la distribución de la contraprestación total, solo que con denominación diferente: una a título de salario y la otra, como «auxilios».

Aunado a lo anterior, si bien se indicó que los pagos adicionales por concepto de auxilios no constituían salario, lo cierto es que eran pagados con la misma finalidad retributiva, conservando su común naturaleza salarial, lo cual además se puede constatar en los aludidos comprobantes nómina, que como ya se dijo, permiten verificar el pago habitual cada mes, características que, más allá de las formalidades y denominaciones que pretendió dársele, se corresponden con los dispuesto a en el artículo 127 del CST, que define los elementos que integran esa categoría jurídica.

Ahora bien, respecto de los interrogatorios, no observa la Sala que la actora haya confesado que tales emolumentos no fuesen salarios, por el contrario, la representante legal de la demandada, admitió que en efecto la remuneración de la demandante estaba compuesta de dos ítems: el salario y los referidos auxilios, que conforme lo pactado no constituían salario. (Audio archivo 7, récord: 20:35)

En el mismo sentido el testimonio del señor MAURICIO GARCIA CRUZ Audio archivo 7, récord: 1:17:07) quien también fue asesor comercial para las afiliaciones de la EPS SALUD TOTAL indicó que tanto su salario como el de la demandante estaba conformado por el básico más medios de transporte que básicamente era el pago por cada afiliación que se hiciera los cuales se liquidaban de manera mensual, al igual que se les otorgaba un valor por equipos productivos que era por el cumplimiento de las metas en las afiliaciones.

De lo hasta aquí motivado se concluye que no existe prueba de la que se pueda inferir cosa distinta a lo decidido por la *a quo* frente a los beneficios que devengó la actora durante su periodo de vinculación con GOLD RH S.A.S. demandada, de modo que no se comparte la tesis planteada por el apoderado de la parte accionada en el sentido que tales beneficios no era retributivos del servicio, ya que eran percibidos como ya se dijo de manera habitual y no estaban destinadas a un ahorro o medio de transporte sino propiamente tales auxilios eran destinados a retribuir su servicio por las afiliaciones efectuadas, y en sentir de la Sala, el hecho que siempre fueren cancelados es un indicio de que tal emolumento constituía salario pues no representaba un premio o bonificación por mera liberalidad de la empleadora, por el contrario, con las versiones que se vertieron al proceso quedó en evidencia que era el pago por su labor desarrollada, pues como ya se dijo dichos pagos estaban relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas al POS que este efectuará, sin importar los desplazamientos que realizara, siendo el fin del mismo obtener nuevos afiliados a la EPS, por lo que efectivamente constituye factor salarial y debió ser tenido en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, precisándose el denominado auxilio no salarial para reconocimiento de equipos productivos, el cual, a pesar de no encontrarse dentro del contrato de trabajo, se encuentra cancelado a la actora con

periodicidad similar a los medios de transporte determinados en precedencia, de allí que se pueda colegir su cancelación también se llevó a cabo para retribuir directamente el servicio prestado y, en tal sentido, constituye factor salarial.

A partir de lo expuesto, no resultan admisibles los acuerdos como los suscritos entre las partes, pues resulta diáfana la habitualidad y permanencia de los pagos como contraprestación directa de los servicios que le prestaba la actora a la accionada, desde luego, ingresaban efectivamente al patrimonio de la trabajadora, aspectos que en todo caso no pudieron ser desvirtuados por la accionada, tal como era su deber procesal, al tenor de lo que ha considerado en casos como el que nos ocupa, la jurisprudencia del trabajo.

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

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

«[...] el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados».

La tesis expuesta, ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL5328-2019 y CSJ SL4663-2021, donde el Órgano de Cierre, en casos de similares contornos al aquí estudiado, donde se estudió el carácter salarial de los emolumentos no constitutivos de salarios consideró, verbigracia, en la primera de ellas:

*«...la condición de salario de determinado pago, no deriva de la denominación que convengan las partes en el contrato de trabajo o en cualquier otro documento suscrito con posterioridad, sino de que retribuya directamente el servicio personal del trabajador; así lo adocrinó la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL8216-2016 y si bien, las partes tienen la facultad de acordar que determinado ingreso no tenga incidencia prestacional, por así autorizarlo el artículo 128 del mismo estatuto, tal posibilidad no puede convertirse en una especie de patente para restar connotación salarial a pagos que por su naturaleza y esencia la tengan, en tanto recompensan el trabajo personal y subordinado que realiza un trabajador. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia CSJ SL12220-2017:
(...)*

De la lectura del artículo 128 del estatuto laboral, que enuncia algunos ingresos no salariales, dado su carácter ocasional y la liberalidad con la que el empleador los entrega al trabajador, sin ambages se colige que las sumas recibidas por Miller Augusto García Puyo, representadas en bonos para combustible, alimentación, pagos a créditos de vivienda, «aporte voluntario empresa», solo para citar algunos, constituyen salario, pues se trató de desembolsos estables y permanentes al trabajador, directamente retributivos del servicio, condición que no varía por la denominación que se le dio, con la anuencia del trabajador de que se les denominara de esa forma.

A la anterior conclusión arriba la Sala, a pesar que los comprobantes de pago reflejan que los componentes de los «beneficios» y «beneficios adicionales» variaban, los valores pagados por tales prestaciones «no salariales» se distribuían de manera que sumadas representaban cerca del 50% de la retribución total, lo cual fue una constante en vigencia del contrato. A manera de ilustración, se observa que los folios 2 a 9, corresponden a los comprobantes de nómina de octubre de 2000 a mayo de 2001, tiempo durante el cual se le pagó al trabajador «subsidio de transporte y/o alimentación», en un monto que fluctuó entre \$267.208 y \$291.257, pero para junio de 2001 se eliminó ese rubro; a cambio, recibía bonos de alimentación y combustible, «arriendo vivienda», «aporte voluntario a empresa», seguro de vida y seguro de incapacidad.».

Acorde con la línea jurisprudencial expuesta, resulta evidente, que los emolumentos adicionales percibidos por la actora eran retributivos de la prestación del servicio, toda vez que reúnen las siguientes características: (i) se percibía de manera periódica (mensualmente) y (ii) era retributivo del servicio; pues no se evidencia una mera liberalidad por parte de la empleadora, por el contrario, si se encuentra un claro propósito encubierto de disminuir el importe constitutivo de salario, por lo que resulta una antinomia concluir que no era retributivo del servicio prestado por la trabajadora, máxime que el mismo art. 127 del CST, le ha dado a la remuneración fija y ordinaria el carácter de salario, cualquiera que sea la denominación que le den las partes, sin perjuicio de dejar sentado que, en estos eventos, la ineficacia de las cláusulas contractuales que desconozcan el carácter salarial del equivalente en sumas dinerarias de conceptos que si retribuyen el servicio del trabajador y se reciben para su propio beneficio es de pleno derecho, también resulta reprochable la aceptación por parte de sus destinatarios del beneficio indirecto de estos conceptos y valores durante el tiempo de la relación laboral.

En ese orden de ideas, como ya se anunció, los argumentos de la parte accionada no tienen vocación de prosperidad, de ahí que se imponga la confirmación de la decisión de primer grado en ese puntualísimo aspecto, advirtiendo que no existió otro reproche puntual en torno a los valores objeto de reajuste.

Ahora en punto a la **fecha desde la cual se ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones**, objeto de apelación por parte de esta encartada GOLD RH S.A.S., aduciendo que no se puede ordenar por todo el tiempo de la relación laboral -13 de enero del 2014 al 1° de marzo del 2017-, en primer lugar se el aclara al apelante que la juzgadora inicial al estudiar el fenómeno prescriptivo señaló que solo procedía la reliquidación de las acreencias causadas con posterioridad al 25 de mayo del 2015 (3 años anteriores a la interposición de la demanda 25/05/2018) efectuando las correspondientes operaciones a partir de esa data, precisándose como atrás se explicó si bien hubo un otro si al contrato de trabajo de la accionante en donde se dejaban sin efecto los pactos efectuados en la CLAUSULA TERCERA de ese convenio, lo cierto es que posterior a ello la pasiva continuó reconociendo el pago de esos auxilios de modo que en ningún yerro incurrió la juzgadora inicial al efectuar las reliquidaciones correspondientes, quien por demás dejo claro que la liquidación se efectuaba con los valores que se encontraban en cada nómina exceptuando los meses de enero y febrero del 2014, mayo de 2016 y febrero del 2017 donde no se pagaron tales valores.

Continuando con la resolución del segundo de los problemas jurídicos planteados, es decir, lo que tiene que ver con la **sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990**, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL9156-2015, CSJ SL1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

Como se advirtió a lo largo de esta providencia se tiene que la parte demandada cimentó su defensa en el argumento de que los pagos por

concepto de auxilios adicionales no constituían salario, hecho que no probó dentro del plenario; por el contrario, la conducta de la sociedad empleadora estuvo desprovista de buena fe, pues, como quedó explicado tales pagos si eran para retribuir el servicio de las funciones desarrolladas por la actora.

Desde luego, la accionada GOLD RH S.A.S. no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la misma, pues la sola circunstancia de acordar con el trabajador la desalarización de unos pagos que por su misma naturaleza son constitutivos de salario, no conduce inexorablemente a inferir un íntimo convencimiento de no ser factor para liquidar las prestaciones sociales causadas, tanto en vigencia de la relación laboral, como al momento de su terminación, conforme se puntualizó en la sentencia CSJ SL, 13 jun 2012, rad. 39475, con referencia en la CSJ SL, 2 may. 2012, rad. 38118.

Así mismo, en la providencia CSJ SL1439-2021 se recordó que las sanciones moratorias (artículos 65 CST, 99 Ley 50 de 1990), proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe, pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador.

De igual modo, se advirtió desde la sentencia CSJ SL9641-2014, que *«la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando bajo un vínculo no laboral, pues, en todo caso, es indispensable verificar «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción».*

En ese sentido, considera la Sala es procedente las sanciones objeto de estudio.

Ahora, en lo atinente a la pretensión de indemnización por no consignación de cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990), debe precisarse que dicha sanción opera no solo en los casos en que el empleador no realiza la consignación, sino

también cuando lo hace de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió en este caso, conforme se ha explicado, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL403-2013, reiterada en la CSJ SL1451-2018.

Por otro lado, y en punto a la inconformidad relacionada con la condena de la **reliquidación de aportes pensionales** desde el mes de abril del 2014 de los cuales señala el apelante se deben ver afectados por el fenómeno de la prescripción, es de advertir el derecho a perseguir el pago de una reliquidación para la financiación de un derecho pensional no está sujeto a término de prescripción, por cuanto ello esta netamente ligado a la construcción de un eventual derecho pensional, razonamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras desde las sentencias con radicación SL531-2020, SL 2809 -2022 y CSJ SL568-2023 en las que se cita la SL 941-2018 y SL 2876 de 2022³, por ende se confirma la condena impuesta.

Ahora frente a los argumentos de apelación de la parte actora, esta Corporación resolverá en primer lugar el tema del pago de la **reliquidación de las cesantías** respecto de las cuales indica debe proceder por todo el tiempo de la relación laboral y no desde el 25 de mayo del 2015.

En este sentido baste con señalar como bien lo refiere el apelante el pago de las cesantías y por ende su reliquidación no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, ya que según criterio emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta prestación es exigible a la terminación del contrato de trabajo que como ya se advirtió, culminó el 1° de marzo del 2017, al respecto se pueden consultar las sentencias SL959-2023, Radicación No. 88361 del 3 de mayo de 2023, SL912-2023, Radicación No. 95013 del 3 de mayo de 2023, SL970-2023, Radicación No. 60618 del 18 de abril de 2023, entre otras.

Es por ello, que teniendo en cuenta los extremos del contrato de trabajo desarrollado con GOLD RH S.A.S. que fueron declarados por la juez a quo y los

³ “De igual manera, se propuso la excepción de prescripción, frente a lo cual se ha de indicar que dicho medio exceptivo no puede prosperar, por cuanto se trata de una obligación encaminada a financiar la pensión de vejez del demandante que es de carácter vitalicio, y por la naturaleza del derecho en juego, que es fundamental e irrenunciable, el pago de los títulos pensionales a transferir es imprescriptible (CSJ SL 21798, 9 ago. 2006 y CSJ SL941-2018).”

salarios por ella tomados que se encuentran en la tabla del archivo 15 del expediente digital los cuales no fueron discutidos por las partes y que comprenden lo aquí resuelto, la Sala procederá a efectuar las operaciones matemáticas a efectos de establecer el valor que realmente se le debía cancelar a la accionante por concepto de cesantías, precisando como existen variaciones del salario se promediaran los valores devengados por cada año de servicios, conforme al artículo 253 del C.S.T., igualmente se aclara que para los meses de enero a marzo del 2014 la Sala toma el salario que se encuentra en los desprendibles de nómina, como quiera que la falladora de instancia indicó que la reliquidación del salario procedía a partir del abril del 2014 -aspecto tampoco discutido por las partes-.

De esta manera se tiene como adeudado la suma de **\$6.149.854**, cifra de la cual se deberán descontar los valores ya cancelados por GOLD RH S.A.S. frente a este concepto (auxilio de cesantías), de los cuales no obra prueba en el plenario en aras de establecer la diferencia de lo debido, sin que proceda el doble pago como se solicita en la alzada en virtud del artículo 254 del C.S.T., pues si bien no se hizo pago completo de las cesantías no se trató de un pago parcial antes de la terminación del contrato de trabajo que dé lugar a la aplicación de dicha norma, sino que como ya se explicó lo que sucedió fue que consigno al fondo respectivo un valor inferior lo cual se desprende de las pretensiones del demandante quien únicamente solicito el pago de la reliquidación de esta prestación aduciendo que no se tuvo en cuenta para su liquidación el valor del salario realmente devengado. Se modifica en este aspecto la condena impuesta.

2014	SALARIO	2015	SALARIO	2016	SALARIO	2017	SALARIO
ENERO	\$ 456.847	ENERO	\$ 938.953	ENERO	\$ 1.992.970	ENERO	\$ 2.103.912
FEBRERO	\$ 806.200	FEBRERO	\$ 1.140.752	FEBRERO	\$ 2.164.894	FEBRERO	\$ 1.055.650
MARZO	\$ 841.200	MARZO	\$ 1.401.855	MARZO	\$ 1.580.394	TOTAL DEVENGADO	\$ 3.159.562
ABRIL	\$ 1.458.120	ABRIL	\$ 1.684.696	ABRIL	\$ 2.250.723	PROMEDIO	\$ 1.579.781
MAYO	\$ 2.333.211	MAYO	\$ 1.865.592	MAYO	\$ 2.266.817		
JUNIO	\$ 2.196.347	JUNIO	\$ 2.855.102	JUNIO	\$ 1.821.817		
JULIO	\$ 1.629.317	JULIO	\$ 2.281.894	JULIO	\$ 2.802.133		
AGOSTO	\$ 1.389.954	AGOSTO	\$ 2.364.394	AGOSTO	\$ 3.090.800		
SEPTIEMBRE	\$ 1.577.555	SEPTIEMBRE	\$ 3.370.394	SEPTIEMBRE	\$ 2.384.050		
OCTUBRE	\$ 3.107.978	OCTUBRE	\$ 2.218.394	OCTUBRE	\$ 2.650.050		
NOVIEMBRE	\$ 2.668.813	NOVIEMBRE	\$ 2.184.911	NOVIEMBRE	\$ 2.562.350		
DICIEMBRE	\$ 1.764.430	DICIEMBRE	\$ 1.620.526	DICIEMBRE	\$ 1.588.592		
TOTAL DEVENGADO	\$ 20.229.972	TOTAL DEVENGADO	\$ 23.927.463	TOTAL DEVENGADO	\$ 27.155.590		
PROMEDIO	\$ 1.685.831	PROMEDIO	\$ 1.993.955	PROMEDIO	\$ 2.262.966		

AÑO	No. DIAS LABORADOS	SALARIO	VALOR CESANTIA
2014	348	\$ 1.685.831	\$ 1.629.637
2015	360	\$ 1.993.955	\$ 1.993.955
2016	360	\$ 2.262.966	\$ 2.262.966
2017	60	\$ 1.579.781	\$ 263.297
TOTAL CESANTIAS			\$ 6.149.854

En relación son la **responsabilidad solidaria**, resulta pertinente señalar esta figura jurídica -solidaridad del dueño o beneficiario de la obra- se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”
(Negrillas de la Sala)

Frente a dicha figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *“fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras”*⁴. Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021 -reiterada en la SL4322 de 2021-, explicó:

“(…)

Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:

«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención

⁴ SL4322 de 2021.

de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».

También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.

Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:

La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[...] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

[...] esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral..., pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. [...]

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

‘La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: **los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación**

de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).’...” Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038.”

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para su procedencia, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines⁵.

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte **“son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada”**⁶.

Adicionalmente, es necesario que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adoctrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007⁷, donde concluyó que el dueño de la obra debe

⁵ Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

⁶ Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).’...” Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038

⁷ “...En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

“(...)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad

responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010, SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL3718 de 2020 y en la SL640 de 2022 al expresar: *“para que se presente la solidaridad alegada es preciso que exista una relación directa entre el giro ordinario de los negocios del obligado solidario y la actividad que realizaba el trabajador”*.

En similares términos, en sentencia SL 7789-2016, esa Corporación sostuvo:

“Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero, exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.

No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines.” (Negrilla y Subrayas de la Sala),

En sentido contrario, la Corte ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada

que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”.

“‘(...)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada”’ (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).

“No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado”(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

en el artículo 34 del CST. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

“(…) esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel.”

Precisado lo anterior, con relación al primero de los presupuestos, esto es, que el contratante sea beneficiario de la obra o servicio contratado, destaca la Sala, en el asunto no se presentó inconformidad frente a las conclusiones del juez que apuntaron a tener por acreditada la existencia de vínculos comerciales entre las sociedades GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL EPS, a través de la celebración de un CONTRATO DE MANDATO para la promocionar las afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud (págs. 492 a 506 archivo 1 expediente digital) y un CONTRATO DE COMODATO para la ejecución de ese contrato de mandato (507, 515 y 516 a 525 ibidem).

Ahora bien, en el artículo primero del contrato de trabajo a término indefinido suscrito por la demandante con GOLD RH S.A.S., se estableció como objeto el siguiente:

PRIMERA. MODALIDAD DEL CONTRATO. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes de mutuo acuerdo disponen que el presente contrato se celebra bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido. Por lo tanto EL(LA) TRABAJADOR(A) se obliga a: a) A poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del cargo de: ASESOR PROFESIONAL y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador o sus representantes en virtud del contrato de mandato celebrado entre EL EMPLEADOR Y SALUD TOTAL EPS S.A quien en este contrato se denominará EL CLIENTE y b) A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales, o de prestación de servicios de carácter civil o comercial a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato, de tal forma que, no podrá desempeñarse en labores que impliquen agenciamiento o venta de planes de salud a favor de otras entidades, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio.

Como se ve, la vinculación del demandante tenía relación directa con la contratación existente entre las sociedades llamadas a juicio y tenía como propósito hacer parte de la ejecución de ese contrato de mandato suscrito entre GOLD RH S.A.S y SALUD TOTAL EPS, aunado a que en el interrogatorio de parte el representante legal de esa EPS aceptó que la demandante desarrollaba las actividades de afiliaciones en virtud de esa oferta mercantil suscrita con GOLD RH S.A.S., resultando claro que esta última fue beneficiaria de los

servicios prestados por la trabajadora, por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

Solventado lo anterior, con relación al segundo presupuesto, esto es, “*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines*”, necesario resulta traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio.

En ese orden, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la EPS SALUD TOTAL (páginas 526 a 547, archivo 1 del expediente digital), se tiene que el objeto de esa sociedad es, entre otras, el siguiente:

CERTIFICA:

OBJETO SOCIAL. EL OBJETO DE LA SOCIEDAD SERÁ ORGANIZAR Y GARANTIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA PRESTACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD A LOS AFILIADOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL REGIMEN SUBSIDIADO. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA COMPAÑÍA DESARROLLARÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES: A) SER DELEGATARIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA PARA LA CAPTACIÓN DE LOS APORTES DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, CUYO RECAUDO FINAL ES RESPONSABILIDAD DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA; GIRAR LOS EXCEDENTES ENTRE LOS RECAUDOS, LA COTIZACIÓN Y LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN A DICHO FONDO, O COBRAR LA DIFERENCIA EN CASO DE SER NEGATIVA; Y PAGAR LOS SERVICIOS DE SALUD A LOS PRESTADORES CON LOS CUALES TENGA CONTRATO. B) PROMOVER LA AFILIACIÓN DE LOS HABITANTES DE COLOMBIA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SU AMBITO GEOGRAFICO DE INFLUENCIA, GARANTIZANDO SIEMPRE LA LIBRE ESCOGENCIA DEL USUARIO. C) ORGANIZAR LA FORMA Y MECANISMOS A TRAVÉS DE LOS CUALES LOS AFILIADOS Y SUS FAMILIAS PUEDEN ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL EXISTE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR A TODA PERSONA QUE SOLICITE LA AFILIACIÓN Y CUMPLA CON LOS REQUISITOS DE LEY. D) ADMINISTRAR EL RIESGO EN SALUD A SUS AFILIADOS, PROCURANDO

Por su parte, el objeto social de GOLD RH S.A.S. (página 555 *ibidem*), conforme, igualmente, al certificado de existencia y representación legal de esa compañía, está determinado así:

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD PUEDE REALIZAR EN COLOMBIA Y EN EL EXTERIOR CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA, COMERCIAL O CIVIL. PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL PODRÁ DESARROLLAR LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: 1) PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE LA SUSCRIPCIÓN DE DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PÚBLICAS Y PRIVADAS USANDO LA ESTRUCTURA PROPIA O LA DE ESTAS. 2) PARTICIPAR EN LICITACIONES O CONCURSOS, PERMUTAR, VENDER Y COMPRAR BIENES MUEBLES E INMUEBLES QUE ADQUIERA A CUALQUIER TÍTULO, EXPORTAR E IMPORTAR. 3) SER ASOCIADA DE SOCIEDADES COMERCIALES YA SEA COMO ASOCIADA FUNDADORA O QUE LUEGO DE SU CONSTITUCIÓN, INGRESE A ELLAS POR ADQUIRIR INTERÉS SOCIAL EN LAS MISMAS. 4) ABRIR ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO CON TAL FIN. 5) RECIBIR EN COMODATO ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO Y TODA CLASE DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES. 6) SUSCRIBIR CUALQUIER CONTRATO LÍCITO Y TÍTULOS VALORES. 7) ADQUIRIR, ENAJENAR, GRAVAR, ADMINISTRAR, TOMAR Y DAR EN ARRENDAMIENTO TODA CLASE DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES Y EN ESPECIAL HIPOTECAR LOS BIENES INMUEBLES QUE ADQUIERA Y DAR EN PRENDA LOS BIENES MUEBLES QUE SEAN DE SU PROPIEDAD. 8) INTERVENIR ANTE TERCEROS, SEAN ELLOS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, Y EN ESPECIAL ANTE ENTIDADES BANCARIAS Y CREDITICIAS COMO DEUDORA DE TODA CLASE DE OPERACIONES DE CRÉDITO, OTORGANDO LAS GARANTÍAS DEL CASO CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR; DAR Y RECIBIR DINERO EN MUTUO, CON INTERÉS O SIN ÉL. 9) ORGANIZAR, PROMOVER Y FORMAR SOCIEDADES O EMPRESAS QUE BUSQUEN FACILITAR, ENSANCHAR, COMPLEMENTAR Y CONSOLIDAR LOS NEGOCIOS SOCIALES DENTRO O FUERA DEL PAÍS Y SUSCRIBIR ACCIONES O ADQUIRIR CUOTAS DE INTERÉS SOCIAL EN ELLAS. 10) EXIGIR U OTORGAR LAS GARANTÍAS REALES O PERSONALES QUE SE REQUIERAN EN CADA CASO. 11) CELEBRAR CON ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS, FINANCIEROS Y ASEGURADORAS, TODA CLASE DE OPERACIONES Y CONTRATOS RELACIONADOS CON LOS NEGOCIOS Y BIENES SOCIALES QUE TENGAN COMO FIN ACRECER SU PATRIMONIO; GIRAR, ACEPTAR, ENDOSAR, ASEGURAR, COBRAR Y NEGOCIAR TODA CLASE DE TÍTULOS VALORES; ADMINISTRAR BIENES DE SUS ASOCIADOS O DE TERCEROS. 12) CELEBRAR TODOS LOS ACTOS Y CONTRATOS NECESARIOS PARA EL CABAL CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO SOCIAL, DENTRO DE LOS LÍMITES Y EN LAS CONDICIONES PREVISTAS POR LA LEY Y ESTOS ESTATUTOS Y EN GENERAL REALIZAR TODA ACTIVIDAD SECUNDARIA Y REALIZAR TODAS LAS OPERACIONES DE CUALQUIER NATURALEZA QUE ELLAS FUEREN RELACIONADAS, ASÍ COMO CUALES QUIERA ACTIVIDAD SIMILARES, CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR O DESARROLLAR EL COMERCIO O LA INDUSTRIA DE LA SOCIEDAD. 12) REALIZAR ACTIVIDADES DE SUBCONSTRUCCIÓN DE SERVICIOS DE NEGOCIOS (OUTSOURCING). 13) REALIZAR ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN Y AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD A NIVEL NACIONAL.

En tal sentido, en los términos del artículo 34 del C.S.T. conforme a los objetos sociales atrás descritos de cada una de las demandadas, se tiene que los mismos están relacionados o conexos con la administración y prestación de servicios en el sector salud, aunado a ello, la señora ROSA BIBIANA CALDERON REY fue contratada a efectos de realizar actividades propias para el cumplimiento del contrato suscrito entre el GOLD RH y SALUD TOTA EPS, en el cargo de Asesor Profesional para efectuar afiliaciones a esa EPS, y en ese orden resulta claro para la Sala que la actora prestó los servicios en beneficio de la EPS gestionando afiliaciones a su favor, evidenciándose con claridad el nexo de causalidad entre las funciones desarrolladas por la actora y el objeto del contrato a desarrollar por GOLD RH S.A.S. a favor de SALUD TOTAL EPS.

Dicho lo anterior, se tiene por acreditado el segundo presupuesto, esto es, *“que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines”*, siendo procedente declarar que en el sub judice se configuró la solidaridad de que trata el art. 34 del CST por lo que deberá responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo del empleador GOLD RH S.A.S.

Al punto, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia sentencia SL-217 de 2018, radicación No. 58487, en la cual asentó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser

planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.

*Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.***

Téngase en cuenta, la figura de la solidaridad no guarda relación alguna con la vinculación de la trabajadora, pues ello se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, entonces en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador, así se indicó en reciente sentencia SL 640 del 2022 Rad. 86690 del 21 de febrero del 2022, de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en los siguientes términos:

*“...es preciso recordar que, en la solidaridad en materia laboral lo que sucede es que para salvaguardar los derechos de los trabajadores se hacen extensivas al obligado solidario como beneficiario de la labor contratada las deudas laborales que se encuentran en cabeza del contratista como empleador, **pero ello no ocurre, porque le asista responsabilidad en el pago de las acreencias surgidas con ocasión de la relación de trabajo sino en virtud de la solidaridad que opera por ministerio de ley le son extensivas las acreencias del empleador.**”* (Negrillas fuera de texto).

Razones por las cuales se ha de revocar en este punto la sentencia apelada, para en su lugar establecer que la sociedad SALUD TOTAL EPS deberá ser condenada solidariamente al pago de las acreencias de la accionante, ya determinadas por el Juez de primer grado.

Finalmente respecto a las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante y de GOLD RH S.A..S, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera

que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado las dos demandadas GOLD RH y SALUD TOTAL EPS, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, por ende se confirmar la providencia impugnada respecto de la condena impuesta a GOLD RH y se adiciona para que sea condenada en costas en primera instancia a SALUD TOTAL EPS.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación del numeral SEGUNDO, la revocatoria del numeral SEXTO y la adición del numeral OCTAVO de la sentencia proferida por la *a quo*, según las disquisiciones hechas por la Sala.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia para en su lugar condenar a la demandada GOLD RH a reliquidar el auxilio de cesantías de la señora ROSA BIBIANA CALDERON REY en suma **\$6.149.854**, cifra de la cual **se deberán descontar los valores ya cancelados** por GOLD RH S.A.S. frente a este concepto, de acuerdo a lo motivado.

AÑO	No. DIAS LABORADOS	SALARIO	VALOR CESANTIA
2014	348	\$ 1.685.831	\$ 1.629.637
2015	360	\$ 1.993.955	\$ 1.993.955
2016	360	\$ 2.262.966	\$ 2.262.966
2017	60	\$ 1.579.781	\$ 263.297
TOTAL CESANTIAS			\$ 6.149.854

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a que se **DECLARA** que **SALUD TOTAL EPS. S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas impuestas** a GOLD RH S.A.S., en su calidad de beneficiaria de la obra, de acuerdo a lo considerado.

TERCERO: ADICIONAR el numeral **OCTAVO** del fallo de primer grado para **CONDENAR** en **COSTAS** de primera instancia a SALUD TOTAL EPS, conforme a lo expuesto.

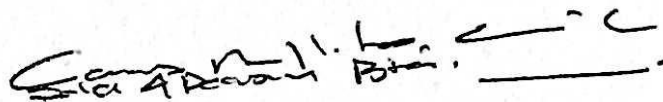
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDUARDO ANTONIO GARCIA JIMÉNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2019 00431 02).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA** como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido a la sociedad **CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.**, mediante escritura pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada **CAMILA SOLER SÁNCHEZ**, como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en los términos y para los efectos del poder conferido a **ANDRÉS FELIPE CHAVEZ ALVARADO** como profesional adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 07 de junio de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 1:08:11*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a afiliarse nuevamente al señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER de las pretensiones de la demanda a la UGPP, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”.

Inconforme con la decisión el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación¹, argumentando, en el transcurso del proceso no se logró demostrar

¹ **Recurso Colpensiones, récord 1:10:12:** “Muchas gracias, señora Juez, teniendo en cuenta la sentencia de carácter condenatorio, que acaba de dictar el despacho, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la misma al respecto, tenemos que el Honorable Juzgado 27 Laboral del Circuito en anterior providencia, ordenó declarar la ineficacia de la afiliación de la parte actora, para en su lugar tenerla como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con el traslado por parte de todos los aportes, cotizaciones, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en su Cuenta de Ahorro Individual. Al respecto, me permito manifestar que COLPENSIONES, no comparte tal decisión, toda vez que como se indicó en tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar haber sufrido engaños por el traslado al fondo privado, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio, ante COLPENSIONES no tiene documentos ni conoció en su momento de la referida asesoría recibida por el demandante quedando sujeto a lo que las AFP RAIS, logren demostrar en relación con la correspondiente gestión, esto de acuerdo al Estatuto del Consumidor y a las leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares, al sistema régimen de ahorro individual.

No obstante lo anterior, si se llega a registrar el formulario de afiliación del traslado firmado por el demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento con el mismo se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre apremio y por su propia voluntad, por tanto, la afiliación de la parte actora al RAIS, se realizó con el lleno de requisitos legales y en dichas oportunidades pues no manifestó nunca su deseo de retractarse de la misma, razón por la cual, no podía ordenar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente

haber sufrido engaños por el traslado al fondo privado, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio, COLPENSIONES no tiene documentos ni conoció en su momento de la referida asesoría recibida por el demandante quedando sujeto a lo que las AFP RAIS, logren demostrar en relación con la correspondiente gestión, esto de acuerdo al Estatuto del Consumidor y a las leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares, al sistema régimen de ahorro individual.

Advirtió, verificado el formulario de afiliación del traslado firmado por el demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre apremio y por su propia voluntad, por tanto, la afiliación de la parte actora al RAIS, se realizó con el lleno de requisitos legales y en dichas oportunidades pues no manifestó nunca su deseo de retractarse de la misma, razón por la cual, no podía ordenar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo arguyó, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error, falta del deber de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia del vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesto o anotación alguna, que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una

al demandante se le hubiese hecho incurrir en error, falta del deber de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia del vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo.

Asimismo no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesto o anotación alguna, que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas, vistos los hechos de la demanda, es fácil concluir, que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto que es el contrato celebrado entre el demandante y la AFP PORVENIR, por no tratarse de un error de (inaudible) o error de nulidad que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

De lo anterior, se deduce sin esa decisión libre, voluntaria y sin presiones, en las oportunidades legales el demandante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS desde noviembre, fecha que se trasladó con PORVENIR S.A, tenemos que ha estado 23 años, afiliado al RAIS, por lo anterior, debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras, que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación de la administradora del RAIS, se ajustó a la Ley (inaudible) total validez.

Es de concluir que, la parte actora en sus pretensiones, se funda en el hecho de haber sido engañado por los asesores del fondo privado al cual estaba afiliado, esto de conformidad en lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 162 del C.G.P., que correspondía la carga de probar dicha afirmación (inaudible) presente caso, esto centrándonos en los hechos y las pretensiones del accionante, se tiene que estas no estaban llamados a prosperar, por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM, por lo anterior, se solicita muy respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, que revoque la sentencia proferida en primera instancia, en su lugar se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las condenas.”.

inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas.

Agregó, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto que es el contrato celebrado entre el demandante y la AFP PORVENIR, por no tratarse de un error de (inaudible) o error de nulidad que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

De lo anterior, dedujo, fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones y en las oportunidades legales el demandante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS desde noviembre de 1999, fecha que se trasladó con PORVENIR S.A , por lo que ha estado 23 años afiliado al RAIS, debiendo asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras, que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación de la administradora del RAIS, se ajustó a la Ley (inaudible) total validez.

Concluyó, la parte actora en sus pretensiones se funda en el hecho de haber sido engañado por los asesores del fondo privado al cual estaba afiliado, esto de conformidad en lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 162 del C.G.P., que correspondía la carga de probar dicha afirmación en el presente caso, por ende, las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, por cuanto carecían de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Páginas 66 y 67, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran

fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 65 a 67, *ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado a PORVENIR S.A. en el mes de noviembre de 1999, que en consecuencia, se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A el traslado del capital depositado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, frutos y gastos de administración a COLPENSIONES, se ordene COLPENSIONES, como única administradora del Régimen de Prima media a activar la afiliación del señor EDUARDO ANTONIO GARCIA JIMENEZ, se ordene a COLPENSIONES a recibir el capital depositado en la cuenta de ahorro individual, aportes, rendimientos, frutos y gastos de administración, facultades ultra y extra petita y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, se ordenó a COLPENSIONES a afiliarse nuevamente al señor EDUARDO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A. y se condenó en costas a PORVENIR. **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 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de abril de 1957 (*Página 27, Archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 07 de mayo de 2019 (*Páginas 28 a 31 Archivo 01 expediente digital*) y a la UGPP el 16 de mayo de 2019 (*Páginas 32 y 33 del Archivo 01 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- (*vinculado a la Contraloría General de la República*³ en el cargo de Jefe de División conforme al certificado de tiempos laborados – CETIL-

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³Ley 100 de 1993 - ARTÍCULO 151. “El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1994. 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, entrara a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”

“La Contraloría General de la República es uno de los órganos autónomos e independientes del Estado, al lado del Ministerio Público, el Consejo Nacional Electoral, el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión.

La Contraloría General de la República es uno de los órganos autónomos e independientes del Estado, al lado del Ministerio Público, el Consejo Nacional Electoral y la Comisión Nacional de Televisión. ver estructura del Estado”. www.contraloria.gov.co.

pág. 330 Archivo 07 expediente digital⁴) por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **622,43⁵** semanas (Historia Laboral Archivo 05 expediente digital, pág. 82), 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, 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 **09 de septiembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1999** (Páginas 30 y 84 Archivo 05 expediente digital) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación 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

4



El emprendimiento es de todos

Minhacienda

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS

CETIL



El empleo es de todos

Mintrabajo

Oficina de Bonos Pensionales

Ciudad y fecha de expedición: BOGOTÁ, Abril 20 de 2022

No. 20220489999067000640019



DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA

Nombre:

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Dirección:

CARRERA 69 NO 44 - 35

Teléfono Fijo:

5187000 EXT. 16016

Departamento:

BOGOTÁ

Municipio:

BOGOTÁ

Código DANE:

11001

Nit:

899.999.067

Correo Electrónico:

mariaf.castiblanco@contraloria.gov.co

DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA

Nombre:

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Nit:

899.999.067

Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:

Abril 1 de 1994

DATOS DEL EMPLEADO

Tipo de Documento:

C

Documento:

19.359.095

Fecha de Nacimiento:

Abril 29 de 1957

Primer Apellido:

GARCIA

Segundo Apellido:

JIMENEZ

Primer Nombre:

EDUARDO

Segundo Nombre:

ANTONIO

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pension	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Moras Semanales Laboradas
22-12-1982	30-09-1999	LABORAL	PUBLICO	Jefe de División	SI	SI	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL	NACION	0	NO	SI	

FACTORES SALARIALES 1982 (Valores en pesos)

DECRETO 1158 DE 1994	Periodicidad	Enero	C. IBC	Febrero	C. IBC	Marzo	C. IBC	Abril	C. IBC	Mayo	C. IBC	Junio	C. IBC	Julio	C. IBC	Agosto	C. IBC	Septiembre	C. IBC	Octubre	C. IBC	Noviembre	C. IBC	Diciembre	C. IBC
ASIGNACION BASICA MENSUAL	MENSUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	18.900.00	S
Total Devengado		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		18.900.00	

5

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4357	622.43	0	0.00	0	0.00	6366	909.43	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 4357		SEMANAS: 622.43		DIAS: 6366		SEMANAS: 909.43					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

⁶ 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de

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

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.

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 accionante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1999 se encontraba en su oficina y se acercó un asesor de PORVENIR quien le indicó que se encontraba en una campaña para afiliar personas porque el ISS se iba acabar y para asegurar la pensión por lo que ellos se encargaban de todo,

8

Interrogatorio de parte demandante, récord 16:02, archivo 21: “Para la época de noviembre de 199 al interior de la entidad se desplazó un grupo que eran vendedores de diferentes fondos y pasaron piso por piso ofreciendo los productos, ellos llegaban con uno y explicaban que como objetivo tenían que nos trasladáramos de fondo a Porvenir, ellos dijeron que podíamos retirar el bono pensional, que nos podíamos pensionar cuando quisiéramos y que se perderían los dineros, que no tendríamos quien nos diera la pensión, por eso pensando en el futuro en ese momento decidí trasladarme, no hubo capacitación general que nos llevaran a un auditorio, solo pasaron puesto por puesto, me afilié a Porvenir pero no sabía qué fondo era, solo llegaban al puesto de uno y era Porvenir, en ningún momento me dijeron la diferencia o paralelo de cómo iba a salir si me pensionaba en uno y otro lado, cuando comencé en la Contraloría me afilié a Cajanal y luego nos pasaron al ISS y los aportes que tenía hasta ahí era los que tenía en la Contraloría, tuvieron que pasarlos a Porvenir, me imagino, uno estaba joven pero no piensa de la pensión, Porvenir me puso a pensar y el cambio lo realizaba motivado, uno no pensaba en las ventajas que le mencioné hace un rato, no hablaron sobre rendimientos, solo que me pensionaría cuando quisiera, no me ofrecieron una mejora pensional, me dijeron que me darían el bono cuando yo quisiera, no dijeron de cuánto sería la mesada pensional, no he realizado aportes voluntarios, extractos si llegan algunos, en el formulario de afiliación firme, brinde los datos a los asesores de Porvenir porque me preguntaron quién era mi núcleo familiar, eso fue lo único, quiero retornar porque no estoy conforme con Porvenir, no he estado en otro fondo, no me indicaron nada, comencé a asesorarme por la edad, la reclamación de ahorita es para trasladarme”.

razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado ni las características del régimen.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 30 Archivo 05 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 dicha AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por

capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la 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 (09 de septiembre de 1999, efectivo el 1º de noviembre de 1999), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En cuanto al hecho de que el demandante antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación y CETIL (página 30 y 330 de los archivos 05 y 01, respectivamente) 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 4⁹ 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 3¹⁰ 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.

⁹ “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.”

¹⁰ “(...) 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 (...)”.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, 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, los conceptos ordenados por la a quo debidamente **indexados**, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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 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)

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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹¹ (Páginas 115 y 116 Archivo 01 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 30 de octubre del 2022, archivo 01, página 172 del expediente digital.

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, los conceptos ordenados por la a quo debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

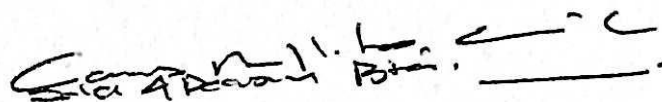
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. CONTRA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, EPS SANITAS S.A.S. y ARMANDO PASTRANA FALLA. (RAD. 31 2022 00064 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la EPS SANITAS S.A.S. y ARMANDO PASTRANA FALLA contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de mayo de 2023 (archivo 46, récord 38:10), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del dictamen número 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12-06 del año 2019, practicado a Armando Pastrana Falla. La nulidad del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, Cundinamarca, dictamen 12208794 del 25-09 del año 2018, practicado a Armando Pastrana Falla y del dictamen 561-2017 de la EPS Sanitas del 13 de octubre del año 2017 practicado, como ya se indicó, por la EPS Sanitas a Armando Pastrana.

SEGUNDO: DECLARAR, entonces, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 20-04 del año 2023 dictamen 12208794- 9212, practicado a Armando Pastrana Falla, en donde se determina que el origen de la patología es de origen común, queda en firme. Esto como quiera que el origen de la patología del señor Armando Pastrana Falla es de origen común.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandada Entidad Promotora de Salud Sanitas (EPS Sanitas S.A.S)¹, sin costas a cargo de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sala cuatro, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y tercero interviniente, Armando Pastrana Falla.

Inconforme con la decisión el apoderado de la EPS SANITAS S.A.S. manifestó¹, hay elementos objetivos y técnicos para entender o decretar que la patología era de

¹ *Recurso EPS SANITAS S.A., 41:21: “Muchas gracias, señora juez, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser proferida, toda vez que respetuosamente*

origen laboral, si bien, como lo manifestó la juez en su sentencia, no basta con una enfermedad, sino que se necesita acreditar un nexo causal entre la misma y las funciones que ejerce el empleado. Considero, en este caso y como fue acreditado en los dictámenes que se declaran nulos, sí existía una relación causal entre las entre las actividades del Pastrana Falla y la patología padecida.

En efecto, y como se logró acreditar en su momento en la contradicción del peritaje, el señor Pastrana Falla ejercía funciones que tenían una repetitividad y que se encontraban por fuera de la zona de confort, eran realizados de manera reiterativa y al final, al interrogar al perito, la única razón diferente a una de esas consecuencias de esas actividades fue la obesidad del paciente. Situación que no podría implicar el origen común, sino que se deja sin mayor sustento las actividades que el mismo desplegaba efectivamente, y como se acreditó en los dictámenes, si tenían que ver con el origen de la patología. De esta manera está acreditado dentro del presente proceso la relación causal entre las actividades del paciente y la patología por la cual lo aquejan este momento, razón por la cual hay elementos para no ordenar la nulidad de los dictámenes.

Por su parte, la apoderada del señor ARMANDO PASTRANA FALLA, expuso², no se tuvo en cuenta en ningún momento la calificación del dictamen No. 12208794-

no se acogen los argumentos expuestos en la misma, toda vez que consideramos que sí hay elementos de objetivos y técnicos para entender o decretar que la patología era de origen laboral.

Y si bien, como lo manifiesta la señora juez en su sentencia, no basta con una enfermedad, simplemente está relacionada como enfermedad laboral para que la misma pueda ser determinada como ella, sino que se necesita acreditar un nexo, nexo causal entre la misma y las funciones que ejerce el empleado. Consideramos que, en este caso, y como fue acreditado en los dictámenes que se declaran nulos en la presente sentencia, si existía una relación causal entre las entre las actividades del señor y la patología.

En efecto, y como se logró acreditar en su momento en la contradicción del peritaje, el señor Pastrana ejercía funciones que tenían una repetitividad y que se encontraban por fuera de la zona de confort, eran realizados de manera reiterativa y al final, al interrogar al perito, la única razón diferente a una de esas consecuencias de esas actividades fue la obesidad del paciente. Situación, pues que eso yo no podría implicar que esto tenga el origen común, sino que se deja sin mayor sustento las actividades que el mismo desplegaba entre sus funciones, que efectivamente, y como se acreditó en los dictámenes, si tenían que ver con el origen de la patología. De esta manera, consideramos que está acreditado dentro del presente proceso la relación causal entre las actividades del paciente y la patología por la cual lo aquejan este momento, razón por la cual consideramos que había elementos para no ordenar la nulidad de los dictámenes y en esta medida debe ser revocado el fallo de primera instancia y así como lo manifiesto, presento recurso de apelación interpuesto, muchas gracias.”.

² **Recurso ARMANDO PASTRANA, récord 44:04:** “Apeló la sentencia debido a que no se tuvo en cuenta y no escuché que en ningún momento se nombrara la calificación del dictamen No. 12208794- 4402 del 21 de Julio de 2021, expedido por ARL Seguros Bolívar, en el cual se determinó la enfermedad de mi poderdante como enfermedad laboral.

4402 del 21 de julio de 2021, expedido por ARL Seguros Bolívar, en el cual se determinó la enfermedad como enfermedad laboral. Así mismo, no se analizó que el señor ARMANDO PASTRANA trabajaba más de 10 horas al día por más de 14 años, realizando las mismas actividades, no se desconoce que las enfermedades como manguito rotador está tratada como percutoras, pero también es un síndrome ocasionado por sobrepeso y sobre exposición a una misma actividad que realizó por 14 años, en donde no solamente lavaba y conducía sino que tenía que realizar movimientos en donde la amplitud articular se excedía, entonces se está discriminando al tenerse en cuenta el factor del sobrepeso del señor Armando Pastrana y no se está teniendo en cuenta que él realizó esta actividad por más de 14 años, lo cual ocasiona un síndrome por sobre uso, que está reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo.

En estos términos, solicitó se tenga en cuenta el dictamen dado por la misma ARL Seguros Bolívar, en donde se reconoció que si era una enfermedad laboral y le dieron una calificación del 14.70%.

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 COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. las pretensiones que relacionó a páginas 2 a 3 del archivo 02 (expediente digital), las cuales encuentran sustento en los hechos consignados en las páginas 3 a 11, ibidem, aspirando principalmente a que se declare:

No sé si ese dictamen se allegó o no se allegó, entonces no se tuvo en cuenta que mi poderdante trabajaba más de 10 horas al día por más de 14 años, realizando las mismas actividades, no se desconoció que las enfermedades como la del manguito Rotador es cierto que está tratada como percutoras, pero también he reconocido que son síndromes ocasionados por sobrepeso y sobre exposición a una misma actividad que él realizó por 14 años, en donde no solamente lavaban, no solamente conducía sino tenía que realizar movimientos en donde la amplitud articular se excedía, entonces ahí veo que se está discriminando y se están indicando que se está teniendo en cuenta el factor del sobrepeso del señor Armando y no se está teniendo en cuenta que él realizó esta actividad por más de 14 años, lo cual ocasiona un síndrome por sobre uso, que no solamente están reconocidos por el Decreto 161477 de 2014, sino también por la Organización Internacional del Trabajo.

Entonces, solicito que tengan en cuenta el dictamen dado por la misma ARL seguros Bolívar, en donde ellos reconocieron que si era una enfermedad laboral y le dieron una calificación del 14.70% ”.

PRIMERA: Declarar la nulidad total del dictámen de calificación emitido por la EPS SANITAS de fecha 13 de octubre de 2017, en el cual se calificación el origen laboral del diagnóstico: SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL.

SEGUNDA: Declarar la nulidad total del dictámen de calificación emitido por JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ número 12208794 de fecha 25 /09/20108 en el cual se calificación el origen laboral del diagnóstico: SINDROME DE MANGUITO ROTADOR.

TERCERA: Declarar la nulidad total del dictámen de calificación emitido por JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ número 12208794-7904

de la sala 4, de fecha 12/06/2019 en el cual se calificación el origen laboral del diagnóstico: SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL.

CUARTA: que se ORDENE UNA NUEVA calificación por una Junta Regional de Calificación **diferente** a la de Bogotá en donde se califique SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL, que presenta el señor Armando Pastrana Falla.

QUINTO: Que se **condene** a las demandadas **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S, E.P.S. SANITAS S.A.S, , JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, SALA CUATRO, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA,** a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso, teniendo en cuenta los honorarios de los abogados y los costos procesales, que en su oportunidad serán adosados a la demanda.

Subsidiariamente, solicitó:

PRIMERA: Solicito se DE PLENA VALIDEZ al Dictamen de DETERMINACIÓN DE ORIGEN de calificación que se anexa con la presente demanda elaborado por el Doctor JULIO OMAR GAMBOA AMAYA con Identificación: CC 91243268 quien es Médico y cirujano Universidad Metropolitana de Barranquilla con Registro Medico N° 1357 del servicio de Salud de Santander Especialidad en Salud Ocupacional Universidad manuela Beltrán Julio de 2006 Licencia en Salud Ocupacional: 14641 de la 08-09-2016 Secretaria de Salud departamental de Santander.

Obteniendo sentencia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad de los dictámenes No. 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12 de junio del 2019, No.12208794 del 25 de septiembre del 2018 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y el dictamen No. 561-2017 de la EPS Sanitas del 13 de octubre del año 2017, acogiéndose en su lugar, el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 20 de abril del 2023 No. 12208794- 9212, practicado a Armando Pastrana Falla, en donde se determinó que el origen de la patología es de **origen común** y se condenó en costas a la EPS SANITAS S.A.S. **Lo anterior tras considerar,** en este caso se logró comprobar que los factores de riesgo a los cuales estuvo expuesto el señor ARMANDO PASTRANA no fueron suficientes,

pues si bien el SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL está catalogado como labora, en principio, no se puede desconocer que deben ser *riesgos puntuales* y en el caso bajo estudio se revisaron las pruebas periciales aportadas al plenario encontrando que las funciones y actividades cotidianas que ejecutaba el trabajador no conlleva a deducir que existe un riesgo ergonómico que pueda producir el diagnóstico que inicialmente fue calificado como de origen laboral.

Añadió la juzgadora, no se presenta vibraciones o ruidos en niveles que permitan generar esta patología, siendo claro que presenta una obesidad que pudo generar el diagnóstico. Igualmente, dio credibilidad al perito que rindió declaración y quien expuso las causas del síndrome de manguito rotador, frente a las cuales no se puede catalogar al señor ARMANDO PASTRANA FALLA ya que los riesgos en total ascienden al 14% esto, teniendo en cuenta el análisis del puesto de trabajo y la historia clínica, conclusión que se soportó técnicamente en el nuevo dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Resaltó que la patología del manguito rotador si bien puede ser laboral no siempre se origina por una causa de origen laboral, encontrando que no existe un nexo de causalidad en las labores realizadas en este caso.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la EPS SANITAS S.A.S. y el señor ARMANDO PASTRANA FALLA, 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 primer lugar, se advierte, el Decreto 2463 de 2001, estableció en su artículo 6°, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos laborales en segunda y si se presentan discrepancias por el origen, éstas deben ser resueltas por la Juntas Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De igual forma, en el artículo 11 del citado decreto se establece que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de éstos, pueden ser sometidas a un control

ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente, como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Adicionalmente, es claro que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Y es así, que el Decreto 2463 de 2001, especialmente en su artículo 9º, determina que las **calificaciones del origen** y grado de pérdida de la capacidad laboral, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona. Así mismo, los dictámenes que se emitan en tal sentido deberán contener los aspectos señalados en el Decreto 1072 de 2015³ así como la calificación integral que dispone el artículo 2.2.5.1.50⁴.

En el caso de marras, el señor ARMANDO PASTRANA FALLA, fue calificado por la EPS SANITAS mediante el dictamen No. 561-2017 de fecha 13 de octubre de

³ **ARTÍCULO 2.2.5.1.49.** Fundamentos tenidos en cuenta para la calificación. Toda calificación que llegue a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez dada por las Empresas Promotoras de Salud, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, y en primera y segunda instancia las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, sin perjuicio de los documentos y soportes de la calificación, deberán contener:

1. Los fundamentos de hecho que debe contener la calificación con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia y se encuentran relacionados en el presente capítulo en el artículo denominado requisitos mínimos que debe contener la calificación en primera oportunidad para ser solicitado el dictamen ante la Junta regional y nacional de Calificación de Invalidez.

2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso concreto.

(Decreto 1352 de 2013, art. 51)

⁴ **ARTÍCULO 2.2.5.1.50.** Procedimiento aplicado para la calificación integral de la invalidez. Las solicitudes que lleguen a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Nacional por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales o las Administradoras de Fondos de Pensiones, las Entidades Promotoras de Salud o las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, deben contener la calificación integral para la invalidez de conformidad la Sentencia C-425 de 2005 de la honorable Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial, esto mismo aplicará para el correspondiente dictamen por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez Regional o Nacional.

2017, que el origen de la enfermedad - SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL- era de origen laboral.

Atendiendo el recurso de apelación presentado por Compañía de Seguros Bolívar S.A. por medio de la comunicación No. DBRP 33009-2017, caso 20529811, la Junta Regional de Calificación de Invalidez en fecha 25 de septiembre de 2018, emitió dictamen No. 12208794 en el cual calificó el Diagnostico SINDROME DE MANGUITO ROTADOR como de origen laboral, dictamen que fue nuevamente apelado por la sociedad demandante.

Ante tal situación, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en fecha 12 de junio de 2019, actuando como segunda instancia emite calificación confirmando el dictamen de Calificación de la Junta Regional, esto es, determinó **ORIGEN LABORAL**.

Como quiera que el debate giró en torno al origen de la enfermedad que padece el señor ARMANDO PASTRANA FALLA, relacionada con el diagnóstico de SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL- y se decretó como prueba pericial una nueva valoración encomendada a los profesionales de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la Sala 3, tal como se constata en el dictamen de fecha 20 de abril de 2023 (archivo 41, páginas 2 a 14), observa esta Corporación que esta experticia estableció que el diagnóstico del trabajador demandado, el cual ataca SEGUROS BOLIVAR S.A. a través de esta demanda es de origen **COMÚN**, siendo justamente la inconformidad planteada por la EPS SANITAS S.A.S. y el señor ARMANDO PASTRANA FALLA, dirigida a controvertir la decisión de la a quo, de tener como válido el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 20 de abril de 2023, declarando entonces la nulidad de los dictámenes anteriores, siendo estos, dictamen No. 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12 de junio del 2019, dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, No.12208794 del 25 de septiembre del 2018 y del dictamen No. 561-2017 de la EPS Sanitas del 13 de octubre del año 2017, razón por la cual procede la Sala con el estudio del dictamen pericial en comento, atendiendo los argumentos expuestos en la alzada.

En primer lugar, advierte la Sala, el dictamen de fecha 20 de abril de 2023 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, evaluó el origen de la enfermedad con base en las patologías de *síndrome del manguito rotador bilateral*, soportándose en la siguiente información:

- I. Análisis de exposición al factor de riesgo al que se encuentra asociado la patología, lo cual podrá estar en el análisis o evaluación de puestos de trabajo relacionado con la enfermedad en estudio.
- II. Certificación o constancia del estado de rehabilitación integral o de su culminación o la no procedencia de la misma antes de los quinientos cuarenta (540) días de presentado u ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad,
- III. Copia completa de la historia clínica de las diferentes instituciones prestadoras de Servicios de Salud, incluyendo la historia clínica ocupacional, Entidades Promotoras de Salud, Medicina Prepagada o Médicos Generales o Especialistas que lo hayan atendido, que incluya la información antes, durante y después del acto médico, parte de la información por ejemplo debe ser la versión de los hechos por parte del usuario al momento de recibir la atención derivada del evento.

Con el fin de emitir el dictamen (20 de abril de 2023) las áreas de Ortopedia, Historia Clínica, ortopedia y hombro, Unidad de Tratamientos del Dolor, Fisiatría, Medicina General, Médico Cirujano, Especialista en Salud Ocupacional, de la citada junta, emitieron concepto frente al diagnóstico del señor ARMANDO PASTRANA FALLA, teniendo en cuenta los siguientes antecedentes:

Fecha: 13/04/2023	Especialidad: Valoración Médica:
Asistencia presencial, con 47 años de edad, lateralidad diestro, ocupación Operador de mixer en empresa HOLCIM COLOMBIA SA durante 14 años, desvinculado el 01-06-2021. Término tratamiento a mediados de mayo de 2021.	
Paciente en buenas condiciones generales. Hombros: Derecho: con 5 cicatrices menores de 1 centímetro en buen estado con hombro derecho caído. Realiza flexión de 110°, abducción de 90°, rotaciones 60°, extensión 30°.	
Antecedentes: La primera oportunidad Seguros Bolívar: del 21-07-2021: Síndrome del Manguito Rotador Bilateral. Deficiencia por alteración de miembro superior derecho + dominancia Cap 14 Tab 14.5 9.47% Deficiencia por alteración de miembro superior izquierdo Cap 14 tab 14.35 5.00% PCL: 14.70% Enfermedad laboral FE: 11-06-2021 La JRCI de Bogotá y Cundinamarca del 01-07-2022 Califica Síndrome del Manguito Rotador Bilateral con Deficiencia por disestesia secundaria a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático Cap 12 Tab 12.5 10.00% Deficiencia por alteración de miembro superior derecho + dominancia Cap 14 Tab 14.5 9.47% Deficiencia por alteración de miembro superior izquierdo Cap 14 tab 14.35 5.00% PCL: 20.90% Enfermedad Laboral FE: 15-03-2022	
Fecha: 13/04/2023	Especialidad: Valoración Terapeuta Ocupacional:
Se desempeñó como Operario de mixer realizaba check list, lo llevaba a la planta, operaba el mixer lavar el carro, entregaba el concreto, trabajo hasta mayo de 2021 en Holcim presenta SMRB, realiza FLEX 90°, ABD 120°, EXT 30° bilateral, toma sinalgen, vive con la esposa y los tres hijos está desempleado, ahora la esposa es quien sostiene el hogar, se califica el título II en 9.60%. Con relación al Origen se revisa el APT donde se describe tareas de charlas de seguridad hombros FLEX de 5 a 10° el 3.33%, charlas preoperativas, 1.67% MSD 5 a 60° MSI 5 -10°, conducir vehículo, 46% hombros FLEX 20 a 30°, descargar carro e 12.5% hombros FLEX 5 a 15°, de acuerdo a la descripción biomecánica los hombros estan dentro de ángulos de confort.	

Luego de realizadas las valoraciones, concluyeron (páginas 10 y 11, archivo 41):

“En relación con el origen de la patología, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente y teniendo en cuenta que el paciente asistió a la valoración médica se encuentra paciente de 47 años de edad, lateralidad diestra, ocupación Operador de mixer en empresa HOLCIM COLOMBIA SA durante 14 años, desvinculado el 01-06-2021, con diagnóstico de Síndrome de manguito rotatorio bilateral. término tratamiento a mediados de mayo de 2021. Examen médico: Paciente en buenas condiciones generales. Hombros: Derecho: con 5 cicatrices menores de 1 centímetro en buen estado con hombro derecho caído. Realiza flexión de 110o, abducción de 90o, rotaciones 60o, extensión 30o. Revisado el análisis de puesto de

trabajo dentro de las funciones el trabajador tiene a cargo la conducción de un vehículo MACK MP8 modelo 2009 carro hidráulico con caja mecánica, se describen las actividades efectuadas en el periodo de tiempo de septiembre de enero de 2013 a la fecha (78 meses), desempeñando el cargo de Conductor mixer: Charlas de seguridad: el trabajador en posición bípeda alternando a sedente asiste a las reuniones del área de seguridad y salud en el trabajo con el fin de afianzar las buenas prácticas de trabajo en miembros superiores se aprecian modos operatorios similares los hombros en flexión de 5° a 10°, abducción de 5° a 10°, con rotación interna de 5°. Revisión pre operativa: el trabajador en posición bípeda y de forma bimanual realiza la inspección del vehículo donde realiza la apertura del capo de la parte lateral de este (150 cm de altura) y verifica el estado en el que se encuentra, los niveles de aceite agua y combustible. Posteriormente a la revisión se dirige a donde el supervisor para que firme el documento y de la autorización e iniciar los recorridos, en miembros superiores se aprecian modos operatorios diferentes observándose en miembro superior derecho realiza movimientos de hombro en flexión de 5° a 10° alcanzando entre 55° a 60°, abducción de 5° a 10° con rotación interna de 5° a 15°. El miembro superior izquierdo realiza movimientos de hombro en flexión de 10° a 15°, abducción de 5° a 10°, con rotación interna de 5°. Conducir el vehículo: dentro de esta operación se evidencia la conducción del vehículo dentro y fuera de la planta, donde el trabajador accede al vehículo por medio de dos escalones (entre 58cm a 98 cm de altura) y se ubica dentro de la cabina en posición sedente donde manipula bimanualmente el timón (88 cm de altura) para maniobrar y dar dirección al carro, unimanualmente con miembro superior derecho la palanca de cambios (58 cm de altura) y freno de seguridad (50 cm de altura), por lo anterior, realiza las siguientes sub tareas: Conducir en la parte interna de la planta: el trabajador en posición sedente y bimanualmente conduce el carro desde el parqueadero hasta la planta para iniciar el alistamiento del viaje, es decir, ubicar el carro debajo de la cercha para que llenen la olla del concreto. El trabajador realiza 3 viajes, por lo tanto, emplea 6 veces de trayecto dentro de la empresa empleando 6 minutos durante la jornada laboral. Conducir en la parte externa de la planta: el trabajador en posición sedente y de forma bimanual conduce de acuerdo a una ruta establecida hacia los clientes dentro de la ciudad de Bogotá como municipios aledaños, donde puede realizar 3 viajes durante la jornada laboral. El trabajador realiza 3 viajes, por lo tanto, realiza 6 trayectos empleando en promedio 45 minutos durante la jornada laboral. En miembros superiores se aprecian modos operatorios similares los hombros en flexión de 20° a 30°, abducción de 5° a 10°, con rotación interna de 5°. Descargar carro: el trabajador en posición bípeda y de forma bimanual manipula de la parte trasera externa del carro los botones (entre 170 cm a 187 cm de altura) para bajar la canal hidráulica, posteriormente, manipula la el botón de la olla (180 cm de altura) para poder descargar el concreto. El trabajador descarga 3 veces el concreto empleando 75 minutos durante la jornada laboral. En miembros superiores se aprecian modos operatorios diferentes observándose en miembro superior derecho realiza movimientos de hombro en flexión de 5° pasando entre 75° a 85°, abducción de 5° pasado entre 35° a 55° con rotación interna de 5° pasando entre 15° a 20°. El miembro superior izquierdo realiza movimientos de hombro en flexión de 70° a 85°, abducción de 15° a 30°, con rotación interna de 10° a 15°. Lavar canaletas: esta tarea se puede realizar en la obra donde descargan el concreto (si hay un sitio específico para lavar) o dentro de la planta (cuando no pueden lavar en la obra), para lo cual, realiza las siguientes tareas: Lavar en la obra: el trabajador en posición bípeda y de forma bimanual toma la manguera (180 cm de altura) ubicada en la parte trasera lateral izquierda del vehículo y la extiende para rociar agua al canal hidráulico con el fin de retirar los residuos de cemento que quedan en la canal. De los tres viajes que realiza el trabajador se estipula 2 veces que lava las canaletas en obra empleando 2 minutos durante la jornada laboral. Lavar en la planta: el trabajador en posición bípeda y de forma bimanual toma la manguera (180 cm de altura) ubicada en la parte trasera lateral izquierda del vehículo y la extiende para rociar agua a la canaleta y con ayuda de una escoba va retirando el concreto que se encuentra pegado. De los tres viajes que realiza el trabajador se estipula 1 vez que lava las canaletas en planta empleando 5 minutos durante la jornada laboral. En miembros superiores se aprecian modos operatorios similares los hombros en flexión de 5° a 15° abducción de 5°, con rotaciones internas de 5° a 10°. Conforme a lo descrito anteriormente y teniendo en cuenta las Guías de Atención Integral en Salud Ocupacional Basadas en la Evidencia expedidas por el entonces Ministerio de protección Social no encontramos carga física ni dinámica ni estática, tampoco posturas viciosas por fuera de los ángulos de confort, ni movimientos

repetitivos en suficiente grado e intensidad que permitan establecer un nexo de causalidad entre la patología en estudio y las condiciones laborales del señor Pastrana Falla, consideramos que la patología en estudio es de origen común.”.

Como se puede observar la Junta Nacional de Calificación de Invalidez procedió a hacer un análisis exhaustivo de las actividades realizadas por el señor **ARMANDO PASTRANA FALLA** en el cargo de conductor, analizando las rotaciones que presenta en todos los movimientos que le implican desarrollar la actividad encomendada, tales como, conducir el vehículo dentro y fuera de la planta, manipulación del timón, viajes realizados por día, descarga de concreto, lavado de canaletas, lavado en la obra, encontrando en aplicación a las Guías de Atención Integral en Salud Ocupacional basadas en la evidencia y expedidas por el entonces Ministerio de protección Social que **no existe carga física ni dinámica ni estática, tampoco posturas viciosas por fuera de los ángulos de confort, ni movimientos repetitivos en suficiente grado e intensidad que permitan establecer un nexo de causalidad entre la patología en estudio y las condiciones laborales del señor Pastrana Falla,** considerando que la patología en estudio es de origen común.

Téngase en cuenta que la Junta Nacional analizó las deficiencias reportadas en la historia clínica del señor PASTRANA FALLA, así como tuvo en cuenta que el aquí demandado asistió a la valoración médica, anotando que se trata de un paciente de 47 años de edad, lateralidad diestra, ocupación Operador de mixer en empresa HOLCIM COLOMBIA S.A. durante 14 años, desvinculado el 1º de junio de 2021. Igualmente, se indicó que terminó tratamiento a mediados de mayo de 2021.

Al realizar el examen médico relacionó que se trata de un paciente en buenas condiciones generales, hombro derecho con 5 cicatrices menores de 1 centímetro en buen estado con hombro derecho caído. Realizó flexión de 110º, abducción de 90º, rotaciones 60º, extensión 30º, concluyendo el Médico Cirujano - Especialista Salud Ocupacional, el análisis de puesto de trabajo realizado por la ARL Bolívar, demuestra que **no hay una exposición al factor de riesgo ergonómico que pueda desencadenar una enfermedad de origen laboral, de tal manera que a pesar de existir el riesgo biomecánico la exposición no es suficiente para generar la lesión.** Seguidamente enfatizó, se puede demostrar inequívocamente que existe una lesión de tipo degenerativo sustentada con las resonancias magnéticas la cual se genera por actividades no laborales, enfermedades sistémicas y factores hereditarios, por estas razones se definió en esta oportunidad que el origen de la enfermedad síndrome de manguito rotador bilateral como una

enfermedad de origen común toda vez que no existen unas circunstancias de modo ni un nexo causal demostrable en el análisis de puesto de trabajo.

Por su parte, la especialidad de Ortopedia, indicó “se califica acorde a la clínica del paciente y los parámetros contemplados en el Decreto 1507 de 2014 Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, motivo por el cual se modifican las deficiencias”.

En relación con el rol laboral y ocupacional procedió la Junta Nacional a calificar al señor PASTRANA FALLA con base en la deficiencia dada por el médico ponente, con el Manual Único de Calificación de Invalidez y su escala de gravedad de acuerdo con la deficiencia presentada y el impacto generado a nivel ocupacional en la ejecución de las actividades de autocuidado, tiempo libre y trabajo, teniendo en cuenta que se desempeñó como Operario de mixer debiendo realizar actividades como check list, manejo a la planta, operaba el mixer, lavaba el carro, entregaba el concreto y tomaba “Sinalgen”.

En síntesis, luego de la intervención y valoraciones de los médicos especialistas integrantes de la Sala 3 de la Junta Nacional, concluyeron:

CONCLUSIÓN	
De acuerdo con las consideraciones consignadas en el análisis, la sala tres de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, propone resolver el recurso de apelación así:	
EMITIR el dictamen No. 12208794-7904 del 12/06/2019 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez:	
Diagnóstico (s):	
Síndrome de manguito rotatorio bilateral.	
DEFICIENCIAS:	10.72%
TITULO II:	9.60%
PCL TOTAL:	20.32%
Fecha de Estructuración: 11/06/2021	
Origen: Enfermedad común.	
Se somete a votación de la sala no presentándose objeción alguna por parte de los integrantes, en consecuencia, se aprueba la decisión por unanimidad.	
D.L.H.A	

Como **concepto final del dictamen**, relacionaron:

7. Concepto final del dictamen		
Valor final de la deficiencia (Ponderado) - Título I		10,72%
Valor final rol laboral, ocupacional y otras areas ocupacionales - Título II		9,60%
Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional (Título I + Título II)		20,32%
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común	Fecha de estructuración: 11/06/2021
Fecha declaratoria: 20/04/2023		
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones: Se describe en el análisis y conclusiones.		
Nivel de pérdida: Incapacidad permanente parcial	Muerte: No aplica	Fecha de defunción:
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No aplica	Ayuda de terceros para toma de decisiones: No aplica	Requiere de dispositivos de apoyo: No aplica
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No aplica	Enfermedad degenerativa: No aplica	Enfermedad progresiva: No aplica
Calificación integral: No aplica	Decisión frente a JRCI: Modificar	

Aunado a esta experticia, observa la Sala que la sociedad demandante, adjuntó dictamen determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional realizado por el doctor Julio Omar Gamboa Amaya MD., Especialista Salud Ocupacional Reg. Med. 1357 s.s.s. Lic. S.O. 14641, Médico especialista en salud ocupacional Licencia 14641 – en el cual se determinan los diagnósticos SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL como de origen **COMÚN**, experticia que obra a páginas 90 a 96 de fecha 21 de mayo de 2021 (archivo 04), en el que se informa que valoró la situación concreta del demandado ARMANDO PASTRANA FALLA, quién ingresó a laborar el 12 de diciembre de 2007, empezando a sentir sintomatología en el 2015 con dolor en ambos hombros, de predominio izquierdo que aumenta paulatinamente, valorado por ortopedia quien ordena exámenes de hombro bilateral, confirmando diagnóstico de SINDROME MANGUITO ROTADOR BILATERAL.

El profesional al verificar el puesto de trabajo, encontró:

“Estudio que se realiza en el cargo de Conductor Mixer, debido al inicio de síntomas en el año 2015, referido por el trabajador, y solicitud de ARL Bolívar.

Dentro de las funciones que realiza el trabajador asiste a reuniones sindicales durante la jornada laboral; la empresa suministra que durante el periodo del 2018a la fecha ha tenido 389 días de permiso.

Se toma registro fílmico y fotográfico de las principales tareas que implicaba el cargo de Conductor Mixer, se realiza observación de los modos operatorios demostrados por el trabajador en estudio.

Se realiza análisis de la información e identificación de la carga física por medio del análisis biomecánica”.

Analizadas las actividades ejercidas adujo el perito (pág. 95, ibidem):

*“Para el manguito rotador La NIOSH (1989), en su estudio sobre lesiones músculo esqueléticas de cuello, hombro, muñeca, mano y región baja de la espalda, encontró relación con factores de riesgo tales como: movimientos repetitivos, fuerza aplicada durante los movimientos, posturas inadecuadas, presencia de vibración, y la combinación de ellos, elementos que **NO se encuentran presentes en la práctica de condición (teniendo en cuenta que ocupa la mayor parte de su jornada laboral, 56%). Una de las lesiones más frecuentes de los trabajadores son los daños producidos en el sistema músculo-esquelético, asociadas a regiones del cuerpo expuestas por las condiciones propias del trabajo (Chávez y et al. 2009).**”.* (Negrilla de la Sala).

Igualmente, el médico experto valoró el aspecto epidemiológico, determinando:

“La definición del caso para la vigilancia epidemiológica del Síndrome de manguito rotador NO se encuentra las condiciones establecidas en la GATISO de hombro doloroso, para desarrollar patología en este segmento, a saber y tomadas al pie de la letra:

Abducción ó flexión de hombro de 60° a 90°, los cuales pueden estar combinados con los siguientes riesgos de movimiento:

- Levantar o alcanzar con o sin carga, trabajo con las manos por encima de la cabeza y trabajo con codos por encima de los hombros.*
- Si se cumplen estos criterios de movimiento el tiempo de exposición debe ser menor a 4 horas/ día.*
- Si las acciones de riesgo mencionadas están asociadas a movimiento, estarán acompañadas de factores biomecánicos como:*
- Repetición menor a 1 minuto, posición estática menor a 3 minutos y contracción muscular voluntaria menor al 30% (tomado por dinamómetro) por lo cual se debe contemplar una exposición menor a 2 horas/ día.*
- En el caso de levantamiento de carga mayor a 11 kg por encima de la cabeza y con una repetición menor de 25 veces/ día, se debe contemplar una exposición menor a 2 horas/día. 2. Abducción ó flexión menor a 60°, los cuales pueden estar combinados con los siguientes riesgos de movimiento:*
- Levantar o alcanzar con o sin carga, trabajo con las manos por encima de los hombros. Si se cumplen estos criterios de movimiento el tiempo de exposición debe ser menor a 6 horas/ día.*
- Si las acciones de riesgo asociadas a movimiento, mencionados están acompañadas de factores biomecánicos como: repetición menor a 6 minutos, posición estática menor a 3 minutos y contracción muscular voluntaria menor al 30% (tomado por dinamómetro), se debe contemplar una exposición menor a 4 horas/día.”.*

Todo lo anterior, para concluir el citado perito:

*“Con base en la información anterior podemos afirmar que el análisis de puesto de trabajo realizado por la ARL Bolívar, demuestra que **no hay una exposición al factor de riesgo ergonómico que pueda desencadenar una enfermedad de origen laboral, de tal manera que a pesar de existir el riesgo biomecánico la exposición no es suficiente para***

generar la lesión. Por lo tanto, se puede demostrar inequívocamente que existe una lesión de tipo degenerativo sustentada con las resonancias magnéticas la cual se genera por actividades no laborales, enfermedades sistémicas y factores hereditarios.

Por las razones de hecho y de derecho antes mencionadas se define el origen de la enfermedad síndrome de manguito rotador bilateral como una enfermedad de origen común toda vez que no existen unas circunstancias de modo ni un nexo causal demostrable en el análisis de puesto de trabajo.”. (Negrilla de la Sala).

Aunado a lo que antecede, se observa el estudio del puesto de trabajo del 12 de julio de 2019 (páginas 33 a 61, archivo 04), elaborado por la TERAPEUTA OCUPACIONAL ESPECIALISTA S.O., con el fin de evaluar las condiciones del puesto de trabajo del señor Armando Pastrana Falla, en la empresa Holcim S.A, a través de la identificación de las condiciones de riesgo organizacionales y biomecánicas, en los siguientes términos:

- a) Coordinación de la visita con el Sr. Edward Bernal, Médico Laboral.
- b) Entrevista Personal con el Sr. Amando Falla Pastrana, quien suministró los datos del cargo de Conductor Mixer.
- c) El estudio se realizó en el cargo de Conductor Mixer, debido al inicio de síntomas en el año 2015, referido por el señor PASTRANA FALLA, y solicitud de ARL Bolívar.
- d) Dentro de las funciones que realizaba el trabajador se relacionó, asistía a reuniones sindicales durante la jornada laboral; contando con 389 días de permiso.
- e) Se tomó registro fílmico y fotográfico de las principales tareas que implicaba el cargo de Conductor Mixer, realizando observación de los modos operatorios demostrados por el trabajador en estudio.
- f) Se hizo un análisis de la información e identificación de la carga física por medio del análisis biomecánica.

En esta valoración se apreció que el señor PASTRANA FALLA se había desempeñado como Conductor en HOLCIM S.A., describiendo al efecto cada actividad que desempeñó en el cargo de Conductor (páginas 37 a 39, archivo 04).

Puntualmente, al relacionarse el proceso, se destacó, el cargo de Conductor Mixer es desempeñado dentro de la Planta de Puente Aranda ubicada en la ciudad de Bogotá, la cual cuenta con pisos regulares, ventilación e iluminación natural; al momento de desplazarse dentro del vehículo hacia los clientes se pueden encontrar

pisos regulares en terrenos lisos o irregulares con pisos lodosos o en recebo. Cada proceso requiere:

Dentro de la cabina:

- Para acceder a la cabina hay dos escalones a una altura de 58 cm el primero y el segundo a 98 cm, manija para la apertura de la puerta a 145 cm de altura.
- Dentro de la cabina se encuentra el timón a 88 cm de altura, palancas de direccionales y parabrisas a 80 cm de altura, pedales a 17 cm de altura del nivel del suelo.
- Freno de seguridad a 50 cm de altura.
- Sistema de logeo a 56 cm de altura.
- Radio de telecomunicaciones utilizado cuando se encuentra estacionado para poder recibir llamadas de la empresa a una altura de 140 cm.

Al costado derecho se encuentra:

- Tablet a 80 cm de altura y a una distancia de 50 cm
- Controles de la olla: 48 cm de altura y a una distancia de 35 cm
- Palanca de cambios a una altura de 58 cm

Tiene una silla ajustable y acolchada, el asiento con una medida de 54 cm de ancho por 47 cm de profundidad; el espaldar de 43 cm de ancho por 57 cm de altura.

Parte externa del vehículo:

- En la parte trasera izquierda del carro hay un tablero de botones entre 170 cm a 187 cm de altura; una manguera a 180 cm de altura, la cual, proporciona agua para los procesos del mixer de concreto y una palanca para girar la olla a 180 cm de altura.
- En la parte lateral derecha del vehículo se posicionan las canaletas auxiliares (120 cm de largo con un peso de 12.5kg) ubicadas a una altura de 123 cm.
- En la parte trasera lateral izquierda hay una escalera a una altura de 161 cm, donde se manipula para bajarla al nivel del suelo y poder subir a la parte superior del vehículo donde se llega a una plataforma para tener acceso a la boca de la olla, donde introducen agua y/o aditivos.

A manera de conclusión, se destacó como porcentajes de riesgo en un turno de 10 horas:

Actividades	Sub-actividades	Tiempo en minutos Trabajador	% del total de la jornada laboral Trabajador	Tiempo en minutos Trabajador	% del total de la jornada laboral Trabajador
Charlas de seguridad		20 minutos	3.33 %	20 minutos	3.33%
Revisión pre - operativa		10 minutos	1.67 %	10 minutos	1.67%
Conducir el vehículo	Conducir en la parte interna	18 minutos	3%	6 minutos	1 %
	Conducir en la parte externa	307 minutos	51.2 %	270 minutos	45 %
Descargar el carro		75 minutos	12.5 %	75 minutos	12.5%
Lavar canaletas	Lavar en la obra	10 minutos	1.67 %	2 minutos	0.33%
	Lavar en la planta	10 minutos	1.67 %	5 minutos	0.83 %
Tiempos inactivos	Parte interna de la empresa	45 minutos	7.5%	48 minutos	8 %
	Parte externa de la empresa	90 minutos	15 %	104 minutos	17.35 %

Actividades no rutinarias

Actividades no rutinarias	Subactividades	Tiempo en minutos	% del total de la jornada laboral
Estacionar en laboratorio		10 minutos	1.6 %
Ascender a la parte superior del vehículo		60 minutos	10 %
Manipular canaletas	Tomar las canaletas	0.5 minutos	0.08 %
	Desplazarse con la canaleta	11.5 minutos	1.91 %
Tanquear el carro		10 minutos	1.6 %
Tarar el vehículo		10 minutos	1.6 %
Lavar el carro		45 minutos	7.5 %

Todo lo anterior, aunado al estudio de las posturas y de los esfuerzos biomecánicos corporales dados en las charlas de seguridad, revisión pre operativa y conducción del vehículo, descargue del carro y lavado de canaletas; estudio de puesto de trabajo que determinó que no existen condiciones ambientales que creen un riesgo en la actividad ejercida por el señor PASTRANA FALLA.

Sumado a lo anterior, evidencia la Sala que el perito compareció a la audiencia de contradicción del dictamen, Dr. **JULIO GAMBOA AMAYA** (archivo 43, récord 00:04:34), informando al efecto: “Soy médico cirujano de Barraquilla, tengo registro médico en servicio de salud, especialización en salud ocupacional en julio de 2006, un Máster de la Clínica de Valencia - España de 2016 en salud ocupacional, graduado en diciembre de 2013, he realizado diplomados de actualización de PCL en la Universidad del Rosario, soy docente en la Manuela Beltrán y Universidad de Santander, el dictamen lo elaboré para el 18 de mayo de 2021 y se llegó a la conclusión que el paciente tiene una enfermedad de origen común. Se tuvo en cuenta el resumen de la historia clínica aportada y el análisis del puesto de trabajo, todo forma parte de la historia clínica, en el 2015 comienza la patología. El paciente se encontraba expuesto a riesgos ergonómicos representados en subir escaleras, tareas que hace en el trabajo, tenía unas tareas donde hacia inspección del vehículo, lo realiza en un 2% de la jornada laboral, también para subirse al vehículo hace una flexión, en su actividad está por fuera del límite del confort que corresponde al 14% al lavar el vehículo gira 360 grados pero corresponde al 4% de la jornada laboral, esos son los movimientos repetitivos pero tienen un riesgos del

14% de la jornada laboral fuera del límite de confort, por tanto, no se puede ocasionar el diagnóstico analizado dado que no está realizando permanentemente estas actividades. Las causas del manguito rotador puede ser movimientos repetitivos desde el punto de vista laboral, puede incluir la edad, obesidad y patologías que puede resultar, teniendo en cuenta que no se aportó una historia completa es un paciente que tiene 43 años de edad y tiene obesidad, se tuvo en cuenta el análisis del puesto de trabajo, se valora la actividad, pero las tareas del límite de confort está en porcentajes muy mínimos, el análisis lo aportó la ARL, la especialista hizo una visita al puesto de trabajo”.

De todo lo anterior, se extrae que el señor ARMANDO PASTRANA FALLA fue calificado por los médicos especialistas, quienes determinaron que el diagnóstico de SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL es de origen común, criterio al que llegaron los profesionales de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y el perito Dr. JULIO GAMBOA AMAYA al realizar el análisis de todas las actividades que ejercía para el momento el señor PASTRANA FALLA en su rol de Conductor, encontrando que la actividad laboral o riesgo expuesto se ubica en un 7,50%, teniendo en cuenta el impacto a nivel ocupacional, en la ejecución de las actividades de autocuidado, tiempo libre y trabajo, aspecto que cobra relevancia, por cuanto se tuvo en cuenta el análisis de puesto de trabajo efectuado por la ARL BOLIVAR, en el cual participó el señor PASTRANA FALLA, la historia clínica aportada así como le fueron practicados exámenes por distintas área de salud, tal como se desprende del Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, concluyendo básicamente el Médico Cirujano de la Junta:

“CONCLUSION: Con base en la información anterior podemos afirmar que el análisis de puesto de trabajo realizado por la ARL Bolívar, demuestra que no hay una exposición al factor de riesgo ergonómico que pueda desencadenar una enfermedad de origen laboral, de tal manera que a pesar de existir el riesgo biomecánico la exposición no es suficiente para generar la lesión. Por lo tanto, se puede demostrar inequívocamente que existe una lesión de tipo degenerativo sustentada con las resonancias magnéticas la cual se genera por actividades no laborales, enfermedades sistémicas y factores hereditarios. Por las razones de hecho y de derecho antes mencionadas se define el origen de la enfermedad síndrome de manguito rotador bilateral como una enfermedad de origen común toda vez que no existen unas circunstancias de modo ni un nexo causal demostrable en el análisis de puesto de trabajo.”.

Lo anterior, atendiendo que justamente la prueba del dictamen pericial, sirve para establecer la idoneidad o validez del dictamen inicial y en esa medida resulta apenas lógico que el dictamen pericial, que sirve como punto de evaluación o

contraste del dictamen primigenio, verse sobre los mismos padecimientos calificados, en aras de que se pueda hacer una comparación entre las calificaciones realizadas en las experticias No. 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12 de junio de 2019, No. 12208794 del 25 de septiembre de 2018 y del dictamen 561-2017 del 13 de octubre del año 2017, hecho que justamente constituye el objeto de la prueba pericial que se ha valorado en esta oportunidad (Dictamen JNCI y Dr. Julio Gamboa).

Así las cosas, a juicio de esta Sala de decisión, el dictamen pericial rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Dictamen: 12208794 – 9212 de fecha 20 de abril de 2023, ofrece total credibilidad y elementos de juicio que permiten corroborar las decisiones primigenias del dictamen que se pretende atacar en esta oportunidad (*No. 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12 de junio de 2019, No. 12208794 del 25 de septiembre de 2018 y del dictamen 561-2017 del 13 de octubre del año 2017*), por cuanto, el dictamen pericial contiene conclusiones y afirmaciones de carácter objetivo, que confirman la finalidad científica de la prueba.

Igualmente, las manifestaciones contenidas en el dictamen fueron ratificadas y justificadas en audiencia, pues el perito Dr. JULIO GAMBOA AMAYA, quien elaboró el peritaje aportado al plenario tuvo en cuenta las funciones ejercidas por el señor ARMANDO PASTRANA FALLA desde el ingreso a la Compañía Holcim S.A., esto es, desde el 12 de diciembre de 2007, asimismo, analizó cada función que desempeñó, emitiendo conclusiones que se soportan en hechos reales y acorde al cargo del actor (CONDUCTOR), aspectos que en suma evidencian claramente la objetividad del galeno emisor del dictamen y por ende se tornan acertadas las conclusiones, en especial al evidenciar que evaluó todos los documentos que hacen parte de la historia clínica y estudio del puesto de trabajo, documentos que además, siempre estuvieron a disposición del señor ARMANDO PASTRANA FALLA. A esta misma decisión se arriba con el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Adicionalmente, encuentra la Sala, que para que una enfermedad sea calificada como de **origen laboral**, deben concurrir los elementos propios del artículo 200 del C.S.T., estos son:

“1. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o

del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

2. Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región sólo se consideran como profesionales cuando se adquieren por los encargados de combatirlas por razón de su oficio.”.

A su vez, el artículo 4º de la Ley 1562 de 2012, prevé:

“Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales...”.

Establecido lo anterior, es claro que los médicos deben verificar la existencia de una enfermedad laboral en los temas asignados, determinando si existe relación de causalidad, con los factores de riesgos ocupacionales. Es decir, se debe emitir un análisis con criterios científicos para establecer si las funciones realizadas tienen una causa directa con el trabajo y ambiente laboral, evaluando vibración, postura, repetición y fuerza, criterios y aspectos que sí revisten toda la certeza para esta Sala ya que los 2 dictámenes aportados son acuciosos y mencionan las principales funciones y actividades que realizó el trabajador.

Con el dictamen presentado por la Junta Nacional, se logra extraer que las labores o actividades del señor PASTRANA FALLA por si solas no son factor de riesgo suficiente para producir el SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL, no existiendo una fuerte evidencia de factor de riesgo laboral cuando concurren la repetición, concentración del ciclo de trabajo, fuerza representada en manipulación de carga y postura inadecuada, presupuestos que el señor ARMANDO PASTRANA FALLA no desvirtuó en esta litis, pues solo se limitó a indicar en el recurso de apelación que ocupa a la Sala, que la enfermedad de *“obesidad no es suficiente para cambiar el origen”*, sin controvertir pericialmente las conclusiones a las que llegó la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, experticia que valga advertir, no fue objeto de oposición de las partes recurrentes una vez el despacho corrió el respectivo traslado mediante auto de fecha 03 de mayo de 2023 (archivo 42). Igualmente, en dicho dictamen se tuvo en cuenta aspectos de la vida

personal, laboral y familiar del señor PASTRANA FALLA, historia clínica y estudio del puesto de trabajo, misma situación que se evidenció en la audiencia donde se llevó a cabo la contradicción del dictamen por parte del Dr. JULIO GAMBOA AMAYA (archivo 43, récord 00:04:34) ya que el extremo demandado, ARMANDO PASTRANA FALLA cuestionó las respuestas brindadas por el profesional, luego de rendida la declaración.

Igualmente, resulta acertado el análisis que efectuó la juzgadora *a quo* ya que analizó la procedencia del diagnóstico de SINDROME DE MANGUITO ROTADOR BILATERAL, en principio, como de origen laboral, no obstante, también mencionó que el mismo no siempre procede ya que debe existir un nexo causal demostrable en el análisis de puesto de trabajo, caso que no aplica frente a las actividades realizadas por el trabajador como Conductor, pues contrario a lo argumentado por la apoderada del señor PASTRANA FALLA, los especialistas de la salud tuvieron en cuenta los 14 años de labores que ha desempeñado el señor demandado, no pudiendo entonces insistir en que el criterio objetivo para determinar el origen fue la “Obesidad” de la que padece el actor, pues esta Sala, se limitó al análisis del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 20 de abril de 2023 y la experticia aportada por el extremo activo (Dr. Julio Gamboa) de fecha 18 de mayo de 2021, bajo criterios objetivos, los cuales giraron en torno al estudio de las actividades diarias del señor Pastrana Falla y los factores de riesgo.

Nótese, el señor Pastrana Falla se limitó a indicar que el diagnóstico de SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL tiene un origen laboral, sin demostrar de manera certera y objetiva que el rol que desempeñó (a) en la empresa fue la causa de la patología que hoy lo aqueja, al punto, el señor PASTRANA FALLA pudo ilustrar al despacho sobre las funciones explícitas y riesgos que desempeña (o) en el trabajo, sin embargo, no contestó la demanda y por tanto, ningún medio de prueba arrimó con el fin de ilustrar al operador judicial sobre por qué sí existe un nexo causal en su rol laboral y la enfermedad padecida, para que pueda derivar en un origen laboral, optando por ser omisivo probatoriamente, dejando de un lado la carga probatoria que le asiste en virtud de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.

Conforme lo anterior, se itera que, para esta Sala de decisión, el dictamen pericial de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y el rendido por el Dr. JULIO GAMBOA AMAYA, gozan de credibilidad, pues se emitieron conceptos de **carácter técnico**, para soportar las conclusiones arribadas, de tal forma, teniendo en cuenta

que la prueba pericial constituye el apoyo para el operador judicial en aspectos técnicos y de conocimiento específico en determinada materia, se le da plena validez en esta instancia, coincidiendo con ello en la conclusión arribada por la a quo⁵.

Visto lo que antecede, no le asiste razón a la EPS ni al señor PASTRANA FALLA en calidad de recurrentes y, en consecuencia, es dable acoger las conclusiones de las pruebas periciales aportadas al asunto, advirtiendo que, a juicio de esta Sala, los dictámenes emitidos por la Juntas de Calificación de Invalidez y Dr. JULIO GAMBOA AMAYA son válidos, pues las conclusiones consignadas se advierten razonables y ajustadas a la historia clínica del trabajador, ajustándose a lo previsto en el artículo 226 del C.G.P.⁶, los cuales no pueden ser en manera alguna

⁵ La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en si mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave. Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado "... llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión." Por otro lado, el dictamen también opera como "concepto de pericia de constatación de hechos", o lo que es lo mismo "... constataciones objetivas, que pueden ser independientes la persona del inculpado." A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como "...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.". De otro, la experticia también es comprendida como "...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso".

⁶ "**Procedencia.** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

refutados en esta instancia en tanto como se ha venido señalando, la prueba decretada y practicada para tal fin, además de provenir del ente especializado en este material es resultado de la evolución minuciosa de un equipo interdisciplinario del área de la medicina.

Si bien, esta Corporación no desconoce que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha dispuesto que el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez no es prueba solemne⁷, puesto que la pérdida de capacidad laboral y su origen se puede demostrar por otros medios, lo cierto es que en el caso objeto de estudio existen dos dictámenes que coinciden en el origen de la patología del SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL, así como el perito Dr. JULIO GAMBOA AMAYA de manera concreta y acuciosa soportó por qué arribó a las conclusiones plasmadas en el dictamen de fecha 18 de mayo de 2021.

Aunado a lo anterior, se itera, la entidad encargada de la calificación (Juntas de Calificación) dio cumplimiento a la normatividad (Ley 100 de 1993, Decreto Ley 019 de 2012, Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Decreto 2463 de 2001, Decreto 1352 de 2013, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1507 de 2014), otorgándole un valor a

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
- 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
- 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*
- 6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.*
- 7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.*
- 8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
- 9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
- 10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.”.*

⁷ CSJ SL1420-2022.

cada ítem que compone la descripción de discapacidad, minusvalía y deficiencia, conforme a los conocimientos especializados del tema, integrando así las patologías, veamos:

6. Fundamentos para la calificación del origen y/o de la perdida de capacidad laboral y ocupacional									
Título I - Calificación / Valoración de las deficiencias									
Diagnósticos y origen									
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico				Fecha	Origen		
M751	Síndrome de manguito rotatorio	bilateral.					Enfermedad común		
Deficiencias									
Deficiencia	Capítulo	Tabla	CFP	CFM1	CFM2	CFM3	Valor	CAT	Total
Deficiencia por disestesia secundaria a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático	12	12.5	1	NA	NA	NA	10,00%		10,00%
							Valor combinado		10,00%
Deficiencia	Capítulo	Tabla	CFP	CFM1	CFM2	CFM3	Valor	CAT	Total
Deficiencia por alteración de miembro superior derecho + dominancia	14	14.5	NA	NA	NA	NA	7,13%		7,13%
Deficiencia por alteración de miembro superior izquierdo	14	14.5	NA	NA	NA	NA	6,00%		6,00%
							Valor combinado		12,70%
Capítulo								Valor deficiencia	
Capítulo 12. Deficiencias del sistema nervioso central y periférico.								10,00%	
Capítulo 14. Deficiencias por alteración de las extremidades superiores e inferiores.								12,70%	
Valor final de la combinación de deficiencias sin ponderar								21,43%	
CFP: Clase factor principal CFM: Clase factor modulador									
Formula ajuste total de deficiencia por tabla: (CFM1 - CFP) + (CFM2 - CFP) + (CFM3 - CFP)									
Formula de Baltazar: Obtiene el valor de las deficiencias sin ponderar.									
$\frac{A + (100 - A) \cdot B}{100}$									
A: Deficiencia mayor valor. B: Deficiencia menor valor.									
Calculo final de la deficiencia ponderada: % Total deficiencia (sin ponderar) x 0,5								10,72%	

Aunado a ello, y como quiera que la pretensión de la ARL demandante de dejar sin valor ni efecto los dictámenes No. 12208794-7904 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 12 de junio del 2019, No.12208794 del 25 de septiembre del 2018 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y el dictamen No. 561-2017 de la EPS Sanitas del 13 de octubre del año 2017, se fundó en la configuración del origen de la enfermedad -COMÚN-, tal como lo determinó el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y el perito Dr. JULIO GAMBOA AMAYA, es posible confirmar lo resuelto por la juzgadora de primer grado dado que los dos dictámenes proferidos en el caso del señor ARMANDO PASTRANA FALLA, tienen un respaldo probatorio, razonable, coherente y fundamentado, máxime teniendo en cuenta que los argumentos consignados derivan de la especialidad médica y valorativa de los miembros de la Junta calificadora y un profesional Médico Cirujano, especialista en Salud Ocupacional.

En otro giro, sea del caso indicar que si bien los dictámenes, objeto de nulidad en esta demanda, determinaron el origen de la enfermedad del señor ARMANDO PASTRANA FALLA como LABORAL en un principio, ello aconteció en virtud de los factores de riesgo evidenciados en aquél momento para desarrollar la lesión de trauma acumulativo de la actividad laboral, pues en la experticia proferida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (archivo 04), a través de la Sala 4, indicó que el señor ARMANDO PASTRANA desarrollaba riesgos biomecánicos por posturas de hombros por fuera de los ángulos de confort asociados a movimientos repetitivos y manipulación de peso, en más del 50% de la jornada laboral; fundamentos que no fueron acogidos en los 2 dictámenes aportados a la litis ya que al evaluar las mismas actividades realizadas por el señor PASTRANA FALLA en el cargo de Conductor, se determinó que no es posible que tenga un porcentaje de exposición de riesgo superior al 50%, indicándose, de manera detallada en qué consiste cada actividad realizada por el trabajador, frecuencia diaria y exposición, siendo coherente para esta Sala que, de acuerdo con las funciones de conductor, el señor ARMANDO FALLA sea calificado como de origen común dada la exposición de riesgos y repeticiones de cada actividad.

Al punto, debe advertirse, si bien existe un riesgo biomecánico la exposición no es suficiente para generar la lesión que padece al señor PASTRANA FALLA al no encontrarse combinación de factores biomecánicos en la suficiente intensidad y concentración capaces de ocasionar una enfermedad por trauma acumulativo a nivel de hombros, si bien en el cargo de conductor se emplean los miembros superiores en la mayoría de actividades no hay levantamiento de cargas superiores a los permitidos no repetitivos por una cantidad de tiempo suficiente para poder establecer esta Sala de manera objetiva que los dictámenes aportados al proceso están errados.

Corolario de todo lo anterior, ante la validez de los dictámenes, deberán despacharse de manera favorable las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, dado que las mismas derivan de la prosperidad del origen de la enfermedad – SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR BILATERAL-, pues al tenor de las conclusiones expuestas, el señor ARMANDO PASTRANA FALLA tiene un **ORIGEN COMÚN** y en esa medida se confirmará la decisión de primer grado, pues las razones hasta aquí expuestas resultan más que suficientes para arribar a las conclusiones anotadas, esto es, dar plena validez y credibilidad a los dictámenes aportados al proceso.

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos objeto de apelación, se impone la confirmación de la sentencia apelada por la EPS SANITAS S.A.S. y por el señor ARMANDO PASTRANA FALLA, en los términos precedentemente expuestos.

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,

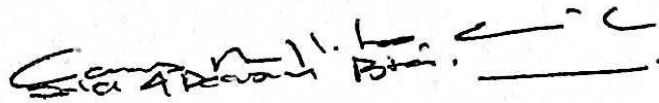
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA CONTRA COLPENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 32 2021 00438 01).

Bogotá D.C., treinta y uno de julio (31) 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 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 desatar los recursos de apelación interpuestos por la demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1º de junio de 2023 (26ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230601, récord 1:57:15), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la demandada UGPP y declarar **NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante **MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA** a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 20 de diciembre de 1995.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN 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. Así mismo 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 PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO. - ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA 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. - ABSOLVER a la demandada UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos smmlv. Igualmente condenar en costas a la demandante y a favor de la demandada UGPP, señalando como agencias en derecho una suma equivalente a un smmlv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SÉPTIMO. - 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 los apoderados de la demandante y Colpensiones la apelaron.

El apoderado de la demandante manifestó¹ su inconformidad frente a la condena dirigida al reconocimiento y pago de las costas del proceso a favor de la UGPP, puesto que, en su sentir, no se encuentra una congruencia entre la sentencia y la condena, advirtiendo que la entidad fue llamada a este proceso ya que podría tener algún tipo de interés en las resultas, sin que implique que se deba asumir una carga económica o condena en costas.

Por su parte COLPENSIONES pidió², se tenga en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen

¹ **Recurso Demandante (récord, 2:00:07):** “Gracias, señor juez, esta parte únicamente va a interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho en cuanto a las agencias en derecho que debe reconocer mi representada la UGPP, puesto que no encuentra una congruencia entre la sentencia que usted acaba de proferir con la condena, en este sentido, contra mi representada, toda vez que la UGPP fue llamada a este proceso en virtud en que de pronto podría tener algún tipo de interés en las mismas, pero eso no implica que mi representada vaya a asumir algún tipo de carga económica o de condena por el simple hecho de llamarla señor juez. En este caso presento este recurso en atención a que esta parte no está de acuerdo con esa condena contra mi representada para que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, pues revoque dicha condena. Señor juez, muchas gracias.”.

² **Recurso Colpensiones (récord, 2:01:49):** “Encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala

una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por

Laboral con el fin de que revoque en su integridad, la sentencia proferida por este juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, solicitó al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade 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 limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la 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 que ellos, afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica, en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de COLPENSIONES, deben estar encaminadas siempre al 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.

Por lo anterior, se tiene entonces que la demandante en el presente caso no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional en sentencia es de C-189 de 2002 C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-104 de 2013 al indicar que la única condición prevista que no exigía el límite de tiempo de efecto de solicitar el traslado, es que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, por lo que al momento el traslado la demandante, no tenía una expectativa pensional y no se efectuó ningún derecho adquirido.

Situación que como se menciona con anterioridad, no se presenta, pues la demandante no es beneficiar el régimen de transición, toda vez que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con un aproximado de 370 semanas cotizadas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de acuerdo a la jurisprudencia antes citada.

Por lo anterior, por todo lo anterior, se tiene entonces que la demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 12 de julio de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía, se obtiene que, para aquella data, contaba con 61 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la señora Miriam Eugenia Castillo Quiroga, se encuentra inmersa en la provisión legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente por parte de mi defendida tener como obligada a la demandante al régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, en igual sentido, honorables magistrados les solicito se tenga en cuenta, en virtud del equilibrio financiero del sistema, lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 062 de 2010 se relaciona rentabilidad por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desee trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado en el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado de régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

De igual manera, debe aclararse Honorables Magistrados que de conformidad con los hechos de la demanda y lo ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, la demandante, nunca ha estado afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, porque al momento del traslado se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Cajanal, por lo que debe tenerse en cuenta, que en este caso estaríamos ante una afiliación inicial, que la demandante al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones y por lo tanto, debe tenerse en cuenta que no se cumple uno de los efectos jurídicos de la ineficacia, la cual es retrotraer las cosas a su estado inicial, puesto que no es posible, su configuración, debido a que la demandante nunca estaba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, por lo que debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados que Colpensiones en estos casos es un tercero de buena fe y por lo tanto no lesiona las consecuencias jurídicas de la solicitada ineficacia.

Por último, Honorables Magistrados es 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 y estos actos jurídicos en principio tiene efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada. Conforme a lo anteriormente expuesto, le ruego el Honorable Tribunal revocar la sentencia proferida por este juzgador de distancia y, en consecuencia, de ello, absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones”.

razones financieras y por estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la 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 los afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica, en las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de COLPENSIONES, deben estar encaminadas siempre al 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.

Resaltó, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder a su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-189 de 2002 C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-104 de 2013 al no tener una expectativa pensional y no tener un derecho adquirido. Esto, sumado a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con de 370 semanas cotizadas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de acuerdo a la jurisprudencia antes citada.

Igualmente advirtió, la actora elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 12 de julio de 2021 y al verificar su cédula de ciudadanía, se obtiene que, para aquella data, contaba con 61 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la señora Miriam Eugenia Castillo Quiroga, se encuentra inmersa en la provisión legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente la ineficacia, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y equilibrio financiero, acogiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU- 062 de 2010.

Completó, de conformidad con los hechos de la demanda y lo ratificado por la demandante en el interrogatorio de parte, ésta nunca ha estado afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, porque al momento del traslado se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Cajanal, por lo que debe tenerse en cuenta, que en este caso estaríamos ante una afiliación inicial y por lo tanto, debe tenerse en cuenta que no se cumple uno de los efectos jurídicos de la

ineficacia, la cual es retrotraer las cosas a su estado inicial, puesto que no es posible, su configuración, debido a que la demandante nunca estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales.

Por último, solicitó se de aplicación al principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado y estos actos jurídicos en principio tienen efectos Inter partes, por lo que no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 01 expediente digital, página 3*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 01 expediente digital, página 2*), aspirando se declare que no es válido y por ende es ineficaz el traslado a través de formulario por medio del cual efectuó la afiliación al Régimen de Ahorro individual administrado por Protección Pensiones y Cesantías, como consecuencia, se declare que MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA continúa válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Unidad Especial de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP, que con base en el artículo 4o.del Decreto 2196 de 2009 a quien le corresponde realmente recibir nuevamente al Régimen de Prima Media a la actora es Colpensiones, se ordene a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores consignados a la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes y rendimientos realizados al Régimen General de Pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre la afiliación a la fecha en que se efectúe su traslado, se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes de la Seguridad Social que le sean trasladados por parte de PROTECCION, se condene en costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 20 de**

diciembre de 1995, como consecuencia condenó a PROTECCIÓN 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, ordenó el traslado de 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 estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. Igualmente, mencionó que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante MYRIAM EUGENIA CASTILLO QUIROGA 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, se absolvió a la demandada UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenándose en costas a PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, también, condenó en costas a la demandante y a favor de la demandada UGPP.

Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de enero de 1960 (*Página 74, Archivo 01 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de julio de 2021 (páginas 82 a 86 del archivo 01), PROTECCIÓN y UGPP (páginas 86 a 91, *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 -1º de abril de 1994- (*vinculada al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT-, cargo profesional Especializado*)⁴, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 326,86 semanas de servicios prestados (*Archivo 14 expediente digital pág. 73*)⁵, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

⁴ Según se desprende de la certificación que obra en la página 80 del archivo 14 del expediente digital. La **Naturaleza Jurídica del INAT**: El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT), establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, creado por la Ley N° 99 de 1993 y cuya naturaleza jurídica fue establecida mediante el Decreto N° 1.278 de 1994. Este establecimiento fue suprimido mediante el Decreto 1291.

⁵

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2307	329.57	19	2.71	0	0.00	4439	634.14	19	2.71	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 2288		SEMANAS: 326.86		DÍAS: 4420		SEMANAS: 631.43					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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 **20 de diciembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de enero de 1996** (*Páginas 75 y 21, archivo 14 expediente digital*) por afiliación que hiciera 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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Así, discurrió:

“1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)”.

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha

información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

*“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).*

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio 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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en

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.

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 accionante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que hubo una reunión general en las instalaciones de la entidad donde trabajaba por parte de PROTECCIÓN en donde le indicaron que como CAJANAL iba a dejar de existir en dicha AFP tendría una pensión segura y con una edad menor. La actora indica que para ese momento no le explicaron características del régimen, ni tampoco lo que significa un bono pensional, mucho menos los requisitos para pensionarse.

⁸ **Interrogatorio Demandante, récord 0:12:37, archivo 26:** “Soy soltera, tengo estudios profesionales en Ingeniera Agrónoma, trabajo en la Agencia Nacional de Tierras, en el año 1995 no busque a nadie, llegó Protección puesto por puesto, nos pidió la información de edad y cuánto tiempo llegaba cotizando, yo tenía solo 8 años de cotizaciones y me dijo que iba a perder plata, que debía pasarme al fondo porque perdería la plata e iba a tener una mesada de \$1.200.000, esa fue la única información, procedió a llenar el formulario y me dijo que no cumplía con nada, estuve vinculada a Cajanal, no estuve en el ISS, no recibí asesoría ni de Cajanal ni de Protección, yo trabajaba ahí con INAT y nadie me asesoró sobre el traslado, no sabía cuáles eran los requisitos para el traslado, no recibí información de Colpensiones, quiero tener una vida digna, tengo 63 años y no podría vivir con lo que Protección me ofreció, me engañó, mis hijos son mayores pero tengo 2 hermanos de 81 y 82 años en sus sostenimientos, eso me obliga a estar en mejores condiciones, a Protección lo único que le interesaba era mi traslado, no más, recibí una copia del formulario manual y me hicieron una proyección con una calculadora y ya, me preguntaron el IBC, la edad y años de cotización, con eso me dijeron que tenía que pasarme al fondo, que me convenía pasarme a Protección, eso fue lo que hicieron, solo pidieron el sueldo y ya, en cualquier afiliación siempre va al relación de los beneficiarios, ya sea entidad bancaria, declaración de renta, es un trámite normal y siempre se pide porque son personas allegadas, es una información normal porque son mis hijos, no sé por qué me pidieron los beneficiarios, nunca recibí información sobre qué pasaría con los beneficiarios, respecto del bono pensional, el 5 de abril de 2002 autoricé a Protección para que redimiera mi bono pensional para efectos de tener los aportes, en el momento en que me afilié estaba en una entidad luego pasé a ser contratista y en el momento en que empecé a cotizar como independiente me exigieron actualizar los datos y ahí fue Protección y yo firme lo que debía firmar, no tenía interés de cambiarme porque Protección me dijo que esa era mi mejor opción, en los últimos años han llegado extractos, pocos físicamente, los recibía pero no revisaba porque no entiendo cómo el fondo manejaba eso, entendía que no era engañoso frente al expectativa, no me acerqué a indagar porque confié en mi afiliación, pedí soporte del estado de afiliación cuando cotizaba porque duré 11 años como contratista y era un soporte que me pedían en las empresas donde realizaba cualquier tipo de contrato, no he recibido información de Colpensiones, cuando contraté el Abogado ya tenía unos rumores de terceros que definitivamente no iba a tener el monto en pensión esperado, en Protección y a recibir un monto inferior, en Colpensiones recibiría \$3.900.000 y en Protección \$2.300.000, quiero trasladarme para tener una viga digna, no tengo otra razón diferente al monto de la pensión, no presenté reclamación administrativa a Protección, fui inducida por Protección a realizar el traslado, fue Protección quien llegó a los puestos de trabajo, fue Protección quien me engañó, Protección fue a las oficinas y en el puesto de trabajo paso uno por uno y mucho caímos ahí, pareo el año del traslado yo ganaba \$1.200.000 yo tenía un buen sueldo, no sé de adonde sacó el valor de la mesada, eso fue lo que me indujo a cambiar porque no tuve más información, en 1995 ganaba según el certificado \$700.000, pero la proyección fue como \$1.200.00, eso fue lo único que me dijeron, no dieron nada por escrito, solo fue buscar gente y ya, sobre requisitos no me dijeron nada, hablaron que al momento de pensionarme, no tengo claros los requisitos”.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (*Página 21 Archivo 14 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995 - 1996 cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (**solicitud del 20 de diciembre de 1995 y efectiva el 01 de enero 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 punto a la apelación de Colpensiones, relacionado con el hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL y no realizó cotización alguna al extinto Instituto de Seguros Sociales, como se puede leer del formulario de afiliación y en la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL (*páginas 21 y 75 a 81, Archivo 14 y 01 del 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 4º 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 3¹⁰ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

⁹ “**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.”

¹⁰ “(...) 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 (...)”.

Por otro lado, es menester precisar a Colpensiones 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.

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 afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (ver *SIAFP pág. 75 Archivo 14 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se confirmará 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».

Ahora, con relación a la orden de la juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, incluidos los gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Precisando, respecto de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., **esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la***

Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

*«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».*

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹¹ (Páginas 42 y 43 Archivo 06 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL -1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandante ya que fue condenada a reconocer este concepto a favor de la UGPP, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “se *condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado solo a PROTECCIÓN y COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que la demandante **sea condenada en costas**, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este 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 confirmará la sentencia proferida en primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 07 de abril de 2022, archivo 08 expediente digital.

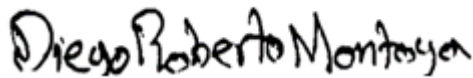
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

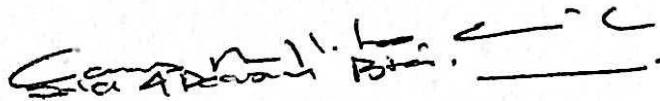
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

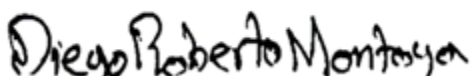
**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO FREDY RICARDO CAICEDO
FLOREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
33 2020 00425 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **HENRY DARIO MACHADO
GUALDRON** como apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder
conferido en sustitución por **MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS**, en su calidad de
representante legal de la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.**

Igualmente, se reconoce personería adjetiva al abogado **MIGUEL ANGEL
CADENA MIRANDA**, como apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en los términos y
para los efectos del poder conferido a la sociedad **GODOY CORDOBA
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 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 S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 14 de junio del 2023 (*Audio archivo 27, récord: 1:34:49*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor **FREDY RICARDO CAICEDO FLOREZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 91248203, afiliado el 16 de agosto de 1995 a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor FREDY RICARDO CAICEDO FLOREZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor FREDY RICARDO CAICEDO FLOREZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor FREDY RICARDO CAICEDO FLOREZ, al Régimen de Prima Media e integrar en la totalidad la historia laboral.

QUINTO: ORDENAR a SKANDIA, a transferir a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. la información respecto de los valores de cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima. Conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONDENAR a PROTECCIÓN y PORVENIR, posteriormente a la información transferida por SKANDIA, a que se transfiera a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de manera proporcional al tiempo en que estuvo afiliado el demandante en cada uno de los fondos de pensión, incluso el periodo en que el demandante estuvo afiliado a SKANDIA S.A., esto es desde el 20 de mayo de 2020 hasta la fecha en que se haga el traslado de los recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SÉPTIMO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de las declaraciones hechas en los ordinales anteriores.

OCTAVO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

NOVENO: ABSOLVER a COLPENSIONES, de las demás pretensiones propuestas en su contra, referentes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el retroactivo pensional, en atención a las consideraciones expuestas en parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Agencias en derecho, se fijan 2 SMLMV a cargo de PORVENIR, 2 SMLMV a cargo de PROTECCIÓN, 1 SMLMV a cargo de COLPENSIONES, todos estos en favor de la parte demandante. SIN COSTAS para SKANDIA.”.

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR la apeló¹ manifestando, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, tal bien la misma corporación ha indicado que no se puede

¹ **Recurso Porvenir (récord, 1:39:52):** “Encontrándome entre la oportunidad procesal pertinente me permitió sustentar mi recurso de apelación dirigida en contra de la sentencia de instancia, solicitándole al honorable Tribunal Superior de la sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas interpuestos en contra a la AFP 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, tal bien la misma corporación ha indicado que 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, en todos estos casos debe existir una similitud de las condiciones fácticas, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el traslado de régimen pensional que realizó la aquí demandante se realizó voluntariamente, sin presiones, de una manera informada, y todo esto de conformidad con la normativa vigente al momento del traslado, es decir, el año 1995. Asimismo, debe aclararse que no se exigía la información en los términos que fueron reclamados en la demanda. Ahora bien, y con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen se encontraban, establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada y de igual manera y como todo consumidor financiero, el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando y con mayor razón si estos datos relevantes que le permitían predecir las consecuencias de esta decisión, estaban claramente determinados en normas de legal conocimiento y fácil acceso asimismo debe indicarse que el actor de mi representada, siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de la realización del traslado de régimen pensional.

Respecto a los rendimientos, debe señalarse que, al ser declarada la ineficacia, el efecto natural de esta declaratoria implicaría que los recursos que se trasladan como rendimientos deberán corresponder a los que se hubieran generado en las reservas del ISS hoy COLPENSIONES, y no a los que se han generado en el régimen del cual se encuentra afiliado el aquí demandante, pues no tiene sentido que si bien el traslado ante el RAIS, no surtió ningún efecto legal, se obliga a redimir los rendimientos propios de este régimen, en caso contrario y por efecto de las restituciones mutuas, a trasladar los frutos generados del régimen, del cual la afiliación, deberá reconocerse en consecuencia los gastos que se incurrió para administrar el pago de dichos aportes, que se sintetizan en los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. En este mismo orden de ideas, no resulta procedente, que se va a restituir las sumas que se pagaron por conceptos de primas de seguros previsionales, en cuanto son dineros que ya no están en poder de mi representada, sino en poder de terceros a las cuales se les pagó de buena fe. Adicionalmente se les solicita a los honorables magistrados, revocar la decisión de distancia relativa la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la evolución de los rendimientos de capital que se encontrará en la cuenta individual del demandante. Ello es así y pues, como lo ha venido planteando el Tribunal Superior de Cali y el Tribunal Superior de Cundinamarca, estos en sentencia, concretamente las 01822019473 se ha determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa ampliamente la apreciación del poder adquisitivo de la moneda.”.

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 su sentir, en todos estos casos debe existir una similitud de las condiciones fácticas, situación que no se da en el presente asunto, pues el traslado de régimen pensional que realizó el demandante se realizó voluntariamente, sin presiones, de una manera informada, de conformidad con la normativa vigente al momento del traslado, es decir, el año 1995.

Agregó, en dicha época no sé exigía la información en los términos que fueron reclamados en la demanda, ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por la AFP, de igual manera, como todo consumidor financiero, debió actuar con mediana diligencia, lo cual suponía, obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando y con mayor razón si estos datos relevantes le permitían predecir las consecuencias de su decisión, estando determinados en normas de legal conocimiento y fácil acceso.

Respecto a los rendimientos señaló, al ser declarada la ineficacia, el efecto natural de esta declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos correspondan a los que se hubieran generado en las reservas del ISS hoy COLPENSIONES, y no a los que se han generado en el régimen en el cual se encuentra afiliado el demandante, pues no tiene sentido que si bien el traslado ante el RAIS, no surtió ningún efecto legal, se obligue a devolver los rendimientos. Igualmente, enseñó, no resulta procedente que se restituyan las sumas que se pagaron por conceptos de primas de seguros previsionales, en cuanto son dineros que ya no están en poder de la AFP, sino en poder de terceros a las cuales se les pagó de buena fe. Adicionalmente no procede la indexación de los valores objeto de la condena, en la medida que se dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontrará en la cuenta individual del demandante, ello lo ha planteado el Tribunal Superior de Cali y el Tribunal Superior de Cundinamarca aduciendo que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa ampliamente la apreciación del poder adquisitivo de la moneda.

La codemandada PROTECCIÓN S.A. recurrió la decisión exponiendo² su inconformidad frente a la orden de devolver los valores correspondientes a gastos de administración, seguros previsionales y, además, descontados por la AFP Skandia toda vez que, una consecuencia lógica de la ineficacia es que todos los dineros que se hayan recibido por parte de la afiliación del demandante sean restituidos al régimen de prima media, más no los que haya recibido otro fondo de pensiones, como lo fue SKANDIA.

Por último Colpensiones esgrimió³, al momento de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, la misma se fundamentó en la falta del deber

² **Recurso PROTECCIÓN (récord, 1:43:34):** “Encontrándome en el momento procesal oportuno y con el debido respeto, presento recurso de apelación sobre el punto que ordenan a mi AFP la que represento, a reconocer al régimen de prima media los valores correspondientes a gastos de administración, seguros previsionales y, además, efectuados descontados por la AFP Skandia toda vez que se considera desde este servidor que una consecuencia lógica de la ineficacia es que todos los dineros que se hayan recibido por parte de la afiliación de los hoy demandantes sean restituidos al régimen de prima media, más no los que hayan recibido otro fondo de pensiones, como lo es SKANDIA. Solo presento apelación frente a ese punto, solicitando, pues a los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito revoquen dicho aspecto.”.

³ **Recurso Colpensiones (récord, 1:44:49):** “Gracias, señor juez, estando dentro de la oportunidad legal me permite interponer recurso de apelación contra los numerales primero y segundo de la decisión que se acaba de proferir, solicitándole al honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral, que se revoquen los mismos, manifestando, pues, a esos honorables magistrados, mi reproche en cuanto a que al momento de esa decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la misma se fundamentó en la falta del deber de información, que pues según tenía la AFP PORVENIR, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para ese año 1995 la realidad del momento y la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993, según la cual pues esa aceptación espontánea, libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de esa firma en el formulario de afiliación, lo cual pues en este asunto se dio según se deriva de ese formulario suscrito y firmado por el demandante.

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba y en el sentido de que recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP por lo señalado por la Corte en esas sentencias referidas por el señor juez a ese tipo de decisiones, encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento, vertido en el formulario de afiliación para probar ese conocimiento y asentimiento del afiliado respecto de su traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente a ese documento de afiliación, donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en esas leyes de la época constituyen una situación de carácter imposible.

De igual forma, pues podemos evidenciar una interpretación errónea de ese artículo 1604 del Código Civil, pues la Corte Suprema, dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis, invierte de manera irracional, no ponderar la carga de la prueba, argumentando que pues esa responsabilidad está en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre esa existencia de vicio o fuerza o dolo, al momento de esa afiliación al régimen de ahorro individual, y obliga a que toda la carga de la prueba, recae exclusivamente en la AFP, sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante. Aquí vemos que pues el señor juez, en sus consideraciones nos dice que, pues se debía tener, pues claro, es lo dispuesto por ese numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 en cuanto a esa información que se debía suministrar, pues previo a ese traslado de régimen, sin embargo, pues esto no quiere decir que esta información no se le haya suministrado al demandante, aquí vemos que, pues según ese interrogatorio de parte que surtió el demandante, esa información o esa asesoría se le brindó, de manera verbal que por el transcurrir de los años, el mismo demandante, asegura no acordarse con detalle, pues toda la información que recibió en esa oportunidad, sin embargo, pues esto no quiere decir que no se haya suministrado esa información necesaria en ese momento. También tenemos que, para esa época, obviamente el documento idóneo era ese formulario de afiliación que era, pues y estaba acreditado, obviamente, y avalado por esa Superintendencia Bancaria, de la época era el documento idóneo, para para demostrar que se suministró información, sin embargo, pues vemos que el señor juez y pues la línea

de información que tenía la AFP PORVENIR al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para ese año 1995 la realidad del momento y la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993, según la cual esa

jurisprudencial a la que se refirió en sus consideraciones nos dicen que no era ese documento, que ese documento de afiliación no es necesario para acreditar que se suministró la información necesaria al demandante, sin embargo, no nos indican cuál es ese documento para el año 1995, entonces que era pues el documento idóneo para acreditar que el demandante recibió la información y en qué ley de la época o en qué norma de la época, pues está consignado, y es que, pues debe reiterarse Honorables Magistrados, que para ese año 1995 no se exigía documento distinto por la normatividad vigente para esa data a ese formulario, afiliación, con el lleno de los requisitos, que estuviera debidamente suscrito y firmado por el demandante para, pues acreditar que el demandante, sí recibió esa información necesaria para su tránsito de traslado, por lo cual, pues en este punto podría indicarse que la AFP PORVENIR sí cumplió con la carga de la prueba al aportar, pues dicho formulario, dentro de este asunto. Documento de afiliación, que no tuvo ningún reparo en ningún reproche por la parte demandante.

Entonces, pues no razonable ni jurídicamente válido imponer las administradoras, obligaciones, soportes de información no previstos en este ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado de Régimen, pues tal exigencia de virtud de ese principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consisten solamente en esa posibilidad de defensa o la oportunidad de interponer algún recurso, sino que exige, además, como lo expresa ese artículo 29 de la Constitución, el ajuste a cada norma preexistente, a cada acto que se juzga.

Dicho todo lo anterior, pues pongo en consideración de los Honorables Magistrados, que en este asunto, pues el accionante permaneció en el régimen de ahorro individual por más de 28 años, por lo cual la Administradora Colombiana de Pensiones, resulta lesionada con esa decisión que se acaba de proferir, en cuanto a la afectación del equilibrio sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución y además adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se reitera que ese artículo 2º, o esa prohibición que se hace ese artículo 2º de la Ley 797 del 2013, en el cual pues se prohíbe que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la mínima para tener el derecho a la pensión de vejez, tiene una razón de ser y debe entenderse que pues esa prohibición se establece para proteger al fondo común por medio del cual COLPENSIONES, para pagar esas pensiones, a las personas que cumplen con los requisitos de la normatividad y de esta forma no generar un desequilibrio dentro del sistema que administra.

Debe tenerse en cuenta que incluso el día de hoy eso, esos recursos que recibe la Administradora Colombiana de Pensiones, por concepto de cotización y ni siquiera son suficientes, pues obviamente para pagar esas pensiones que actualmente tiene a su cargo entonces, pues desde esa perspectiva hacia el régimen de prima media se sostiene sobre esas cotizaciones, para que pues una vez, cumplan esos requisitos, independientemente de esas sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona por interés particular que ya, pues está próxima a la edad de pensionarse y que estuvo realizando esos aportes durante más de 20 años a otra entidad diferente, pues como se da en este asunto se beneficia el asunto, subsidiada por esas cotizaciones de los demás afiliados que sí permanecieron durante toda su vida en el régimen de prima media, resulta contrario no solo a ese concepto constitucional de equidad del artículo 95 de la Constitución, sino también, pues ese principio de eficiencia pensional.

Finalmente, de llegarse a confirmar la decisión de declarar esa ineficacia de la afiliación por parte de los Honorables Magistrados, muy respetuosamente, le solicito se modifique ese numeral décimo en cual, pues obviamente, se impone una condena en costas a cargo de mi representada, la anterior, pues teniendo en cuenta que incluso pues se absolvió de costas a SKANDIA, ya que pues según el señor juez no tenía pues nada que ver, pues en la situación de que ya pues había pasado, o ya estaba, pues el demandante ya había pasado esa edad para, pues obviamente, la prohibición legal que establece el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, sin embargo, pues no tuvo en cuenta el señor juez que Colpensiones en este asunto ha estado ha actuado en estricto cumplimiento de lo legal, no tuvo injerencia en ese trámite de traslado, es un tercero obligado, pues a asistir a este proceso atendiendo, pues esas pretensiones ventiladas dentro del mismo, ya que técnicamente es que no hoy en día, pues he forzado a recibir ese regreso automático del demandante, como resultado de esa conducta indebida o posiblemente indebida de la AFP porvenir, pues en ese año 1995, luego, pues entonces la realidad es que Colpensiones, pues no es quien resulta vencido en este juicio, sino es un tercero afectado con esa declaratoria de ineficacia de la afiliación que se predica en este asunto, por lo cual pues, obviamente le solicito muy respetuosamente se modifique ese numeral y se absuelva, pues obviamente o se revoque esa condena impuesta a mi representada con lo anterior, pues dejo sentada las bases de mi recurso, solicitándole muy respetuosamente a los Honorables Magistrados, se revoque la decisión.”.

aceptación espontánea, libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de esa firma en el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio según se deriva de ese formulario suscrito y firmado por el demandante.

En cuanto a la carga de la prueba y en el sentido que recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP inicial conforme a lo señalado por la CSJ hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento, vertido en el formulario de afiliación para probar ese conocimiento y asentimiento del afiliado respecto de su traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente a ese documento de afiliación, donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en esas leyes de la época constituyen una situación de carácter imposible. De igual forma resaltó, se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil, pues la Corte Suprema de Justicia invierte de manera irracional la carga de la prueba, bajo el entendido que está en cabeza de los fondos una responsabilidad objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre esa existencia de vicio o fuerza o dolo al momento de esa afiliación al régimen de ahorro individual, y obliga a que toda la carga de la prueba recaiga exclusivamente en la AFP, sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante. Añadió, en el interrogatorio de parte que surtió el demandante, esa información o esa asesoría se brindó de manera verbal, pese a que el actor aseguró no acordarse con detalle de toda la información que recibió en esa oportunidad, siendo claro que si se le suministró. Insistió, para esa época el documento idóneo era el formulario de afiliación estando acreditado y avalado por la Superintendencia Bancaria para demostrar que se suministró la información.

Advirtió, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de Régimen, pues tal exigencia va en contravía del principio de confianza legítima, legalidad y del debido proceso como lo expresa ese artículo 29 de la Constitución. En consideración que el accionante permaneció en el régimen de ahorro individual por más de 28 años, la Administradora Colombiana de Pensiones, resulta lesionada con la decisión atacada al afectarse la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, donde

se plasma la prohibición que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la edad mínima para tener el derecho a la pensión de vejez, prohibición que tiene como finalidad proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las pensiones a las personas que cumplen los requisitos y de esta forma no se genere un desequilibrio dentro del sistema que administra. Destacó, al día de hoy esos recursos que recibe la entidad por concepto de cotización no son suficientes, no pudiéndose permitir que una persona que está próxima a pensionarse y que estuvo realizando aportes durante más de 20 años en otro régimen se beneficie por cotizaciones de los demás afiliados que sí permanecieron durante toda su vida en el régimen de prima media, resultando contrario no solo al concepto constitucional de equidad del artículo 95 de la Constitución, sino también al principio de eficiencia pensional.

Finalmente, solicitó, se revoque la condena en costas, teniendo en cuenta que se absolvió por este concepto a SKANDIA y Colpensiones en este asunto ha actuado en estricto cumplimiento de lo legal, así como no tuvo injerencia en el traslado, siendo un tercero obligado.

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 5 a 7, del archivo 2 del 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 anulación o ineficacia de la afiliación realizada a las AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a partir del 01 de septiembre 1995, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos desfavorables como nocivos al trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se declare la ineficacia de la afiliación realizada a los fondos obligatorios de pensiones administrados por las AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., teniendo en cuenta que dicha afiliación se efectuó antes de la expedición de la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual se crearon condiciones jurídicas y económicas más desfavorables para el traslado

entre regímenes pensionales, contraviniendo con ello el principio de progresividad en materia de Seguridad Social, se declare que en aplicación y prevalencia del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia laboral, se debe anular la afiliación realizada a partir del 01 de septiembre del 1995 por cuanto la mesada pensional que recibirá el demandante dentro del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA será de un valor ostensiblemente superior a la que en efecto recibirá, si permanece en el RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, se declare que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión por vejez a favor del señor FREDY RICARDO CAICEDO FLOREZ, una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En consecuencia de lo anterior, se condene a las AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., para que el capital y los rendimientos financieros acumulados por el demandante en los fondos obligatorios de pensiones desde el 01 de septiembre de 1995 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia, sean trasladados a COLPENSIONES, ordenándose a esta entidad a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si aquella persona nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido en el régimen de prima media, teniendo siempre como Ingreso Base de Cotización (IBC) para cada periodo, los salarios reportados por el fondo de pensiones privado, se ordene a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normativa, se condene a las demandadas a los demás derechos que de acuerdo a las facultades que extra y ultra petita resulten demostrados dentro del presente trámite y al pago de costas.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a dicha AFP y a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., esta última como actual fondo donde se encuentra afiliado el actor, a trasladar a COLPENSIONES, rendimientos, las cuotas de administración de dinero descontadas por los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargos en sus propios recursos, indicando que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados y

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos ingreso base de cotización, 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 PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para el demandante al momento del traslado.

A este tenor, con base en el reconocimiento pensional solicitado conforme a la Ley 100 de 1993 señaló el a quo que el demandante al 1º de abril de 1994 no contaba con el régimen de transición por lo que procedió a analizar la pensión de vejez con base en la Ley 797 de 2003, concluyendo que el señor FREDY RICARDO CAICEDO debe cumplir 62 años de edad para adquirir el estatus pensional y a la fecha cuenta con 56 años por lo que solo tiene una expectativa y no acredita el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, absolviéndose a Colpensiones de esta petición.

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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de octubre de 1966 (*Página 36 y 37 Archivo 02 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES 10 de julio de 2020 (páginas 72 a 77, *ibidem*), a PROTECCIÓN el 17 de julio de 2020

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

En tal sentido, «es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez» (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

Así, discurrió:

«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el

valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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 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 demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las

⁸ **Interrogatorio Demandante, récord 11:52, archivo 27:** “En el año 1995 me trasladé a Porvenir recién había empezado a trabajar en esa época, era una época en la que estaba apareciendo los fondos privados, fue ese año o el anterior, yo estaba en el ISS y en esa época llegan los fondos privados y nos ofrecieron a casi todos los que estábamos en la empresa cambiarnos a un fondo privado que tenía muchas ventajas y nos dijeron que el ISS se iba acabar por eso muchos nos pasamos al fondo de pensiones, eran chicas que iban a la oficina muy bien vestidas, eran sesiones cortas como de 5 a 10 minutos en la que nos decían las ventajas, decían que eran fondos rentables y era la mejor manera de asegurar la pensión para la vejez, en ese momento lo que nos decían era que el ISS se iba acabar, que Porvenir era una empresa importante del sector financiero y de esa manera lo que se ahorra de la pensión sería más rentable, fue básicamente eso, fue como un trabajo de marketing de venta pero no una asesoría en la que uno pudiera estar tranquilo, era personal de ventas y no asesores como tal, así se presentaron, eso fue hace como 26 años, normalmente llegaban y así se presentaban, básicamente estaban concentrados en vender este tipo de fondos, fue libre y voluntario, sobre aportes voluntarios me dijeron, de echo hice algunos años más adelante, definitivamente asegurar mi vejez o los años que me queden fue lo que me motivo, realmente revisé el tema de doble asesoría en el 2020 y la diferencia entre quedarme con un fondo privado comparado con lo que me ofrecería estar en

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que unas trabajadoras del área de ventas de la AFP PORVENIR llegaron a su lugar de trabajo manifestándole que el extinto SS estaba pasando por una crisis muy grave y para que no perdiera sus semanas lo mejor era trasladarse a esa AFP por ser más rentable y de esa forma aseguraría su derecho pensional, razón por la cual decidió firmar el formulario en el año 1995.

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 S.A., haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PORVENIR 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 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

Colpensiones es una diferencia de 3 a 5 veces pasándome a Colpensiones, sobre beneficiarios no recuerdo que me hubiesen hablado, en el 2001 me trasladé a Santander, en ese tiempo trabajaba en campo, las asesoras nos visitaron, yo estaba en CONCOL en Neiva y las chicas fueron la Base y nos ofrecieron que había más rentabilidad con Santander, definitivamente me cambié en el 2001 porque ofrecían mejores rendimientos, no recuerdo pensiones voluntarios, solo fue con Porvenir, fue solo una visita de 5 o 10 minutos, nuevamente me devolví a Porvenir porque siempre ofrecían una ventaja de rentabilidad adicional, siempre me moví con eso, cotizo a los fondos privados, ha pasado 29 años en lo que ha evolucionado mucho los fondos y me di cuenta que en esa época no recibí una asesoría sólida, empezando que las comunicaciones eran diferentes, hoy día uno ingresa a la plataforma y revisa el estado de cada uno, hay una gran diferencia, fue falta de asesoría porque no sabía las implicaciones los fondos te visitan y hacen el marketing pero no hacen la actividad dirigida a las implicaciones, uno es quien debe buscar y leer más, mis empleadores no influyeron, no recuerdo si conocía los requisitos, en esa época no entendía los requisitos, la idea era pasar los fondos al fondo privado y que la rentabilidad sería mayor, era la época de la pandemia en Skandia, no existía visitas presenciales, yo tomé la iniciativa de trasladarme, no me podían pasar a Colpensiones y SKANDIA era quien ofrecía mejores beneficios, la Ley 100 estaba reciente en la época en la que inicié con los fondos privados entonces no tenía mucho conocimiento de en qué consistía y en qué había cambiado, era el inicio de mi etapa laboral, con exactitud no recuerdo pero lo que resalto es que el argumento inicial era que estaba cotizando en el ISS pero se iba acabar, así que existían la opción de los fondos privados, siendo algo seguro las AFP, eso es lo que recuerdo, en 1995 no leí el formulario, lo hice de manera libre y voluntaria”.

de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio

público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1995, 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 S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (16 de agosto de 1995 efectivo en la misma data), 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, PROTECCIÓN y de SKANDIA, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*SIAFP página 48 archivo 09 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, los dineros descontados por seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, 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, las citadas accionadas (Protección, Porvenir y Skandia), también deben devolver a COLPENSIONES, las **comisiones debidamente indexadas**, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado 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 confirma la orden de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También es importante señalar en punto a la apelación de PORVENIR que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí

que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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, rendimientos y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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)*

Aquí resulta pertinente acotar a PORVENIR, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de otras Corporaciones como las señaladas en su apelación 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.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR y PROTECCIÓN, relacionados con la procedencia de los rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación 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). 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, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.”.

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En otro giro, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son los resultados del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de las codemandadas.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 38 y 39 Archivo 15 expediente digital)⁹ 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, 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,

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 5 de agosto del 2022 (Archivo 16 expediente digital).

se modificará el numeral décimo 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 **SEXTO** del fallo de primer grado, para ordenar tanto a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. como a 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 el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, conforme lo considerado.

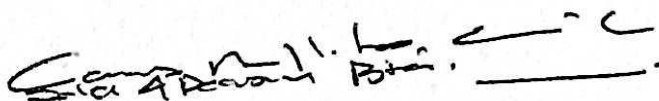
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA PAEZ RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. (RAD. 35 2019 00788 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada **LYDA BIBIANA GIL HERRERA** 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, habiéndose presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1º de diciembre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 67 Grabación Audiencia, Récord: 39:10*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante **CLAUDIA PATRICIA PÁEZ RODRÍGUEZ**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante **CLAUDIA PATRICIA PÁEZ RODRÍGUEZ** y por lo tanto se señalan como agencias en derecho a su cargo, la suma de \$50.000 para cada una de las demandas suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

TERCERO, en caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral para que se estudie en 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 procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **CLAUDIA PATRICIA PAEZ RODRIGUEZ** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 7, archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 6, **ibidem**), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR y a PROTECCIÓN, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN a realizar todos los tramites para regularizar la situación frente a su afiliación al régimen de prima media con Colpensiones y a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual y Colpensiones a efectuar la afiliación, con todas las actuaciones y rendimientos y el registro en su sistema de información y de la OBP, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar la juez de primer grado que el traslado entre regímenes no existió por cuanto con la afiliación del demandante efectuada a PORVENIR S.A. en el año 1997, lo que en realidad efectuó fue una selección inicial de régimen, no siendo procedente declarar ineficaz un traslado cuando nunca se perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Pues bien, teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la parte actora, se ha de señalar por esta Sala de Decisión el problema jurídico a solventar en esta instancia, se contrae a determinar en primer lugar si con la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. se produjo un traslado del RPM al RAIS, caso en el cual se analizaría si dicho tránsito ocurrió bajo la libertad informada y por tanto si goza de eficacia.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 a 5 años, siempre y cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Ahora, los artículos 11² y 15³ del Decreto 692 de 1994, fijaron los plazos para la procedencia del traslado y establecieron dos escenarios posibles: de una parte, los afiliados que estuvieran vinculados al régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían continuar automáticamente afiliados en el Instituto de Seguros Sociales o una Caja de Previsión Social y cambiarse en cualquier tiempo; y de otra, en aquellos casos en que hubieran

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

² “(...) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado”

³ “Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.”

hecho su selección inicial – RPM o RAIS- a a partir de la entrada en vigencia del sistema pensional, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma aludida, el cual, como ya se dijo, se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003⁴.

Valga anotar, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de octubre de 1968 (página 40, archivo 01) por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado al RPM mediante petición elevada a COLPENSIONES el 3 de mayo del 2019 y ante PORVENIR y PROTECCON el 4 de octubre del 2019 (Archivo 1.1Folio39 / 03Pruebas, págs. 19 y 20, 25 a 35, 36 a 50), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, en otros términos, cuando estaba inmersa en la prohibición para realizar el retorno al RPM, además, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no había estado afiliada a ningún régimen pensional, pues la afiliación inicial lo fue solo hasta el **3 de enero de 1997 con PORVENIR**, según registro SIAFP (página 80, archivo 8):



Asociación colombiana de administradores
de fondos de pensiones y cesantías



USUARIO: PRLCORTESG01

LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZON

2 de Septiembre de 2020

Registrar servicio

Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados

Personas

Aportantes

Pagos

Estadísticas

Documentación

Entrega HL al RPM

Usuarios

Gestor de Tareas

Historia

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:08:28 AM

Afiliado: CC 51939004 CLAUDIA PATRICIA PAEZ RODRIGUEZ

Ver detalle

Vinculaciones para : CC 51939004

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1997-01-03	2004/04/16	PORVENIR			1997-01-04	2000-07-31
Traslado de AFP	2000-06-15	2004/04/16	ING	PORVENIR		2000-08-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51939004

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-01-03	1997-06-26	01	AFILIACION	PORVENIR	
2000-06-15	2000-09-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

⁴ En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3475-2016, reiterada en sentencia SL2324 de 2019.

En este orden, en el plenario no reposa medio de prueba alguno del que se pueda establecer el tiempo de servicios laborados por la demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues en el interrogatorio de parte absuelto por la actora ésta confiesa que nunca estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, ni a CAJANAL ni a una CAJA DE PREVISION SOCIAL (Audio archivo 30, récord: 25:20).

De modo que para esta Corporación resulta claro que la promotora de la litis no reportó afiliación alguna al régimen de prima media antes del 3 de enero de 1997⁵.

Conforme a lo anterior, se reitera la parte actora no allegó medio de prueba alguno que permita concebir que escogió en un primer momento el Régimen de Prima Media y que en el año 1997 se trasladó al RAIS cuando se afilió a través de la AFP PORVENIR según reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

De modo que lo que se encuentra acreditado es que el 3 de enero de 1997 la actora se afilió a PORVENIR -administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad-, con fecha de efectividad 4 de enero de 1997 (reporte SIAFP- ASOFONDOS, página 80 archivo 8), acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que **no existió traslado de régimen pensional**, sino una selección inicial de régimen.

Precisándose si bien la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, en este caso lo cierto es que la actora nunca perteneció al Régimen de Prima Media.

Adicionalmente COLPENSIONES en la respuesta dada al juzgado de primera instancia ante el requerimiento efectuado señaló el 26 de enero del 2022 (archivo 49) que *“Verificada la base de datos de COLPENSIONES, se observa que la Sra. CLAUDIA PATRICIA PAEZ RODRIGUEZ no presenta afiliación al RPM administrado por Colpensiones...”*

Igualmente, PORVENIR S.A. dando respuesta a la solicitud de traslado de régimen el 21 de octubre del 2019 indicó (Archivo 06, pág. 3)

⁵ Fecha de afiliación a PORVENIR S.A.

Reciba un saludo cordial.

De acuerdo a su solicitud como apoderada de la señora CLAUDIA PATRICIA PAEZ RODRIGUEZ relacionada con nulidad del Traslado de régimen, le informamos lo siguiente:

1. En esta oportunidad nos permitimos comunicarle que la señora Claudia presentó solicitud de vinculación Inicial a través de la suscripción del formulario de afiliación con la Administradora Porvenir S.A., el día 03 de enero de 1997, afiliación que cobro vigencia a partir del 04 d enero del mismo año, encontrándose en estado No Vinculado por traslado a la AFP Protección.

Sobre este caso puntual la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, CSJ SL1806-2022. enseñó en un caso de similares connotaciones:

i) Selección inicial de régimen pensional:

La afiliación al Sistema General de Pensiones se surte con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado frente al empleador o las administradoras de pensiones y la legislación contempla la opción de escoger entre dos regímenes pensionales; las personas están facultadas para ejercer ese derecho, entre los fondos privados de pensiones que administran el de ahorro individual y Colpensiones, que hace lo propio con el de prima media, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual indica:

Ley 100 de 1993

[...]

Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[...]

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

[...]

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la 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;

Cabe recordar que el aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la CC C-1024-2004, bajo el entendido de que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no hayan regresado al de Prima Media con Prestación Definida, pueden retornar a éste, en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Es así como, de acuerdo con el literal b), las personas tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen que mejor les convenga y consulte sus intereses. Según reza la misma disposición, esa libertad de escogencia se materializa en la vinculación inicial o en los traslados.

Por su parte, el literal e) reitera esa prerrogativa del afiliado y precisa que, una vez efectuada la selección inicial, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones: la permanencia o antigüedad de 5 años en el régimen al cual se está vinculado y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepitable, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[...] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su “selección inicial”, por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

(...)

iii) Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”. (Negrilla de la Sala).

En aplicación a lo anterior, es claro que la demandante al no pertenecer al Régimen de Prima Media en ninguna circunstancia, no le asiste derecho a solicitar la ineficacia del traslado. Al respecto, la sentencia anteriormente citada, señaló:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Corolario de todo lo anterior, no puede la Sala más que concluir la improsperidad de las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, por cuanto, como se advirtió, no existe prueba del traslado de régimen cuya ineficacia se depreca.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, 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

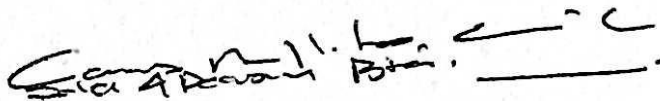
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de acuerdo con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MERY TRIANA
ROCHA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2022 00119 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio 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 primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de mayo del 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 39:28*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora LUZ MERY TRIANA ROCHA con destino a la A.F.P. COLFONDOS S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 23 de octubre de 1997. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la A.F.P. COLFONDOS S.A., que conjunta y coordinadamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a retornar al régimen de prima media, los recursos percibidos por cuenta del demandante por el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma reseñada en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que, para adelantar estas gestiones, se le concede un término de 30 días a las accionadas contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar el procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá

hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con cargo a recursos propios de la A.F.P. COLFONDOS S.A., sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que si luego de estos procedimientos subsisten saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante los valores respectivos deberán ser puestos a disposición del fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: *Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.*

CUARTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.*

QUINTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”*

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. recurre la decisión frente a la condena de la indexación dado que los rendimientos generados por esa AFP fueron superiores a los que se hubieran podido generar en el RPM si la parte actora nunca se hubiera traslado de régimen por lo que quedó compensado ese concepto, sumado a que dicho concepto no fue objeto de petición en la demanda y además sería excesiva la imposición de la indexación, señalando se deben tener en cuenta las sentencias proferidas el 24 de junio del 2021 dentro del proceso Clara Inés Rodríguez Muñoz con radicado con ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velázquez y la del 4 de junio del 2020 dictadas por otros despachos judiciales, en aras de que no se condene a COLFONDOS por este concepto. (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 41:50¹*)

¹ **COLFONDOS:** “Gracias, señor Juez, siendo la oportunidad presentó mi recurso de apelación, respecto al numeral segundo, ya que no será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegaran a ordenarse a devolver al régimen de prima media con prestación definida, porque con los rendimientos generados por mi representada, en todo caso, fueron superiores a las que se hubiera podido generar en el RPM o Colpensiones, si la parte actora nunca se hubiera trasladado de régimen, quedó más que compensado este concepto.

Además, dicho rubro no fue objeto de petición en la demanda. Finalmente es excesiva la imposición de la indexación, ordenada en primera instancia toda vez que con el traslado a los rendimientos de compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones. Sobre el tema la sentencia del 24 de junio de 2021, dentro del proceso Clara Inés Rodríguez Muñoz con radicado y ponencia de la doctora María Eugenia Gómez Velázquez, señaló que no hay lugar en condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones, se le impuso la obligación de devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. Por lo anterior, se modificará la sentencia.

De igual manera, la sentencia de 4 de junio de 2020 se indicó “Finalmente, respecto de la indexación a Colfondos frente a los conceptos que deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida, estima la sala que la misma resulta improcedente por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, que es precisamente la finalidad de esta indexación, ya se encuentra (inaudible) con la condena a la devolución de los rendimientos financieros, pues con estos últimos se asegura que el capital a trasladar, corresponde a un valor real y actual para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, máxime que la referencia de indexación fue solicitada en la demanda, ni tampoco hace parte de la fijación del litigio. Igualmente, es importante recordar que la Corte Constitucional en

Por su parte COLPENSIONES indica en su recurso que el traslado efectuado entre la AFP no procede ya que el demandante no puede alegar su propia culpa para beneficiarse, aduciendo antes del año 2016 los fondos no tenían nada diferente al documento de afiliación, donde constara la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que, imponer cargas adicionales de la época, se concibe en una situación de carácter imposible y en esa medida el afiliado también tiene obligaciones, tal y como lo ha determinado el Decreto 341 de 2010.

Expresa que la la permanencia en el RAIS por parte de la demandante acogiéndose a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen a partir de la firma del formulario, creó un vínculo contractual con dicha entidad, solicitando por ende se revoque el fallo. (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 44:05²*)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

sentencia SU-066 del 3 de febrero de 2020, le impulso la obligación al hoy Colpensiones de informarle a la afiliada, cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos Regímenes, sobre el saldo a trasladar y acordar con esto un plazo prudencial para que el interesado, asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma sería la parte demandante, quien la asuma”. En ese orden de ideas, tampoco podrá condenarse que COLFONDOS asuma una eventual diferencia al valor de los aportes, Dejo presentado mi recurso.

² **COLPENSIONES:** “Gracias su Señoría, interpongo recurso de apelación, el cual procederé a sustentar. En primera medida solicito amablemente al Honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia conforme a los siguientes fundamentos, respecto a la declaratoria de ineficacia en la respectiva sentencia, es preciso indicar que el traslado efectuado entre la AFP no procede ya que el demandante no puede alegar su propia culpa para beneficiarse. Además, el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, establece que a los particulares no le es dable alegarla a su favor. Y en esta teoría aplica la buena fe en la persecución que fue a través de los asesores de la AFP, siendo relevante el nivel de la información entregado respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de aportes a pensión del régimen de prima media. A pesar de todo, la buena fe de los fondos privados ahora, para el caso que nos ocupa, vino a ser validada hasta el año 2016 con el consentimiento de la afiliación. Respecto al traslado, antes del 2016 los fondos no tenían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que, imponer cargas adicionales a las prestaciones de la época, se concibe en una situación de carácter imposible, igualmente, si bien esa es una intervención de seguridad se podría generar un vicio en la voluntad del traslado, el cual debe demostrarse, pues de lo contrario, predominaría las concentraciones en los hechos de la demanda demostrados en el proceso en los que intervino directamente la demandante, por lo que no puede considerarse a todos los afiliados como una parte de la independencia, la misma ley previo distintos deberes en cabeza de los mismos en ese sentido. Una vez cuando el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación en uno u otro régimen pensional genera obligación de registro que como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en ese entendido el afiliado también tiene obligaciones, tal y como lo ha determinado el Decreto 341 de 2010, que en su artículo cuarto habla sobre los móviles financieros de sistemas de pensiones, Es evidente que el deber de información se integra por una parte, con la obligación de los afiliados, a las administradoras de pensiones pero también con la información que van a generar de manera autónoma los consumidores financieros en las condiciones, modalidades, sistemas que integran los regímenes nacionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece alguien, por ejemplo, de afiliarse, trasladarse o escoger en la modalidad, acorde a las expectativas de cada afiliado, es de señalar que la permanencia en el RIAS por parte de la demandante acogiéndose a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario, como lo hizo, se creó un vínculo contractual con dicha entidad, por ende solicito al Tribunal se revoque el fallo”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 y 2, del archivo 01 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 y 3, ibídem*), aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual efectuado a Colfondos, en consecuencia se condene a dicha AFP a trasladar la totalidad de los aportes con sus respectivos rendimientos, la indexación o actualización de las sumas reconocidas y trasladadas, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A. que conjuntamente con COLPENSIONES adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida los recursos sufragados en el RAIS por cuenta de la demandante durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE

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 incontestable que permita deducir lo acontecido el 23 de octubre de 1997 y específicamente qué información habría recibido la demandante por parte de Colfondos para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la actora donde se registra como fecha de nacimiento el 5 de abril de 1960 (*Archivo 01 expediente digital pág. 100*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 11 de enero del 2022 (*Páginas 133 a 136 y 139 a 143 Archivo 01 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 1994⁴, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Conforme al CERTIFICADO DE INFORMACIÓN LABORAL expedido por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL la fecha en que entró en vigencia el SGP para el empleador INPA fue el 1° de abril de 1994 (pág. 26 Archivo 01 expediente digital).

apenas había prestado servicios por 302⁵ semanas tanto a empresas privadas como al INSTITUTO NACIONAL DE PESCA Y AGRICULTURA -INPA- (ver *Historia Laboral válida para bono pensional* pág. 26 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.

En este orden de ideas, 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 **23 de octubre de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre de 1997** (*Páginas 22 y 24 Archivo 7 expediente digital*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe

5

HISTORIA LABORAL

HISTORIA VALIDA PARA BONO

HISTORIA LABORAL MASIVO ISS/COLPENSIONES 1967 - 1994

NIT/PATRONAL		PATRONAL: 1030102614 (11 - FACTURACION CAN)			NOMBRE EMPLEADOR		FLORES TIBA S.A.	
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones		
LABORAL	18/07/1986	15/09/1987	S	S	\$ 47,370			

CERTIFICADO POR FONDOS DE PENSIONES RAI / CENISS

NIT/PATRONAL		NIT: 899999077			NOMBRE EMPLEADOR		INST NAL DE LOS REC NAT RENOVABLES INDERENA	
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones		Origen Información
LABORAL	02/05/1988	29/06/1992	N	N	\$ 0			CENISS
LABORAL	30/06/1992	30/06/1993	N	N	\$ 184,719			CENISS

NIT/PATRONAL		NIT: 800136888			NOMBRE EMPLEADOR		INSTITUTO NACIONAL DE PESCA Y ACUICULTURA INPA EN LIQUIDACION	
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones		Origen Información
LABORAL	15/07/1993	30/11/1997	S	N	\$ 0			CENISS

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 tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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.

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la

procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años,

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber

era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁸ 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 era muy ventajoso afiliarse a Colfondos por el monto que iba a obtener de pensión al momento de su retiro, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, ni las características de los dos regímenes.

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 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.

⁸ Audiencia 31 de mayo de 2023 récord: 4:51

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 24, Archivo 7 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 –COLFONDOS- 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 a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 (23 de octubre de 1997, efectivo el 1 diciembre 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, 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 a la recurrente, 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.

Es menester precisar igualmente, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora 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 tanto COLFONDOS además de lo ordenado por el Juez *a quo*, **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 sobrevivencia⁹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹⁰**, por el tiempo en que la demandante estuvo 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

⁹ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar a COLFONDOS que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor». (Negritas y subrayas fuera de texto)

Es de advertir a COLFONDOS en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otros despachos judiciales 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.

Ahora, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL (conforme se señaló en el formulario de vinculación a COLFONDOS), basta 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, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada 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 4¹¹ 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 3¹² de la misma disposición normativa, al

¹¹ “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.”

¹² “(...) 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 (...)”.

liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

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, 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 COLPENSIONES¹³, a favor de quien se surte la consulta (página 23, *Archivo 6 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 la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

¹³ 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 diciembre del 2022 (Archivo 9 expediente digital).

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, adicionándose en los puntos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la 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 la actora estuvo aparentemente afiliada a dicha administradora, conforme lo considerado.

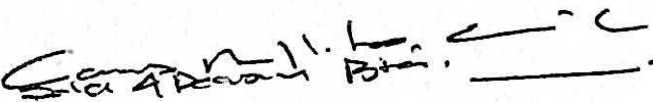
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

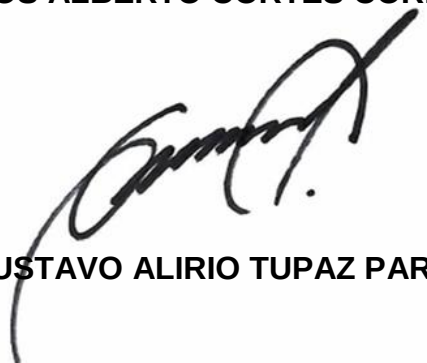
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA