TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 01 2021 00403 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 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 las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: «archivo 20», récord 1:25:37),* en la que se resolvió:

PRIMERO:	**DECLARAR** la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la parte demandante señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE identificado con C.C. No. 85.454.540, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia
SEGUNDO:	**ORDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la parte demandante señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE identificado con C.C. No. 85.454.540, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO:	**ORDENAR** a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE identificado con C.C. No. 85.454.540 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.
CUARTO:	**DECLARAR** que la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.
QUINTO:	**DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
SEXTO	Se condena en costas a las demandadas vencidas en esta primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS.

Inconforme con la decisión, los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES indicó[1], no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media del régimen de ahorro individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular y el hoy demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones. Ahora bien, el actor tampoco se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Agregó, el hoy demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual que están contenidos en el formulario como es el retracto y la recesión. Asimismo, es menester tener en cuenta

---

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 1;31:48, archivo 20:*** *"Me permito expresamente interponer recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir, toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media del régimen de ahorro individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento Colpensiones, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular. El hoy demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones. Ahora bien, el hoy demandante tampoco se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto. Igualmente, el hoy demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual que están contenidos en el mismo os formulario como es el retracto y la recesión. Asimismo, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C 242 del año 2009, magistrado ponente, doctor Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo 1º del acto legislativo número 01 del 2005.*

Debo recalcar y reiterar que el principio del interés general debe primar sobre el interés particular por cuanto la declaración de ineficacia del régimen del traslado afecta el patrimonio público por cuánto tendría que pagarse la pensión que llegaré a percibir la parte demandante y ya que su ahorro lo hizo de forma individual, no financió las pensiones del régimen de Prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Es decir, con esta declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones, esto, de acuerdo con la sentencia C 1024 del año 2004 y la SU 062 del año 2010. Ahora bien, igualmente debo solicitar respetuosamente a los señores magistrados se exonere de la condena en costas que se está haciendo a COLPENSIONES. Toda vez que hay que tener en cuenta diversos aspectos, el primero de ellos es que COLPENSIONES no intervino en la decisión del traslado del régimen de Prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante. Segundo, COLPENSIONES no es la causante de que hoy se declare la ineficacia del traslado. Es como bien lo dijo el titular del despacho, es una omisión a la información de una obligación que tenía el Fondo privado, es decir, dicha omisión estaba a cargo del fondo privado PORVENIR y PROTECCIÓN. Un tercer aspecto es que COLPENSIONES ha sido un convidado por obligación, toda vez, reitero, no en el sentido de oponerse tanto administrativamente como en el proceso judicial, pues ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes. Teniendo en cuenta que la entidad que represento es una entidad del Estado, ella no puede apartarse de las normas jurídicas. En este sentido, dejo presentado el recurso".

el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C 242 del año 2009, magistrado ponente, doctor Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo 1º del acto legislativo 01 del 2005.

Recalcó, el principio del interés general debe primar sobre el interés particular por cuanto la declaración de ineficacia del régimen del traslado afecta el patrimonio público por cuánto tendría que pagarse la pensión que llegaré a percibir la parte demandante y ya que su ahorro lo hizo de forma individual, no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su pensión. Es decir, con esta declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones, esto, de acuerdo con la sentencia C 1024 del año 2004 y la SU 062 del año 2010.

Suplicó igualmente, se exonere de la condena en costas, toda vez que hay que tener en cuenta diversos aspectos, el primero de ellos es que COLPENSIONES no intervino en la decisión del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante. Segundo, COLPENSIONES no es la causante de la declaratoria de ineficacia del traslado ya que el deber de información estaba a cargo del fondo privado PORVENIR y PROTECCIÓN. Un tercer aspecto es que COLPENSIONES ha sido un convidado por obligación.

La enjuiciada PORVENIR S.A. presentó[2] recurso de apelación parcial contra el numeral 3º, relacionado con la indexación, al considerar la improcedencia conforme

[2] ***Recurso Porvenir, récord 1:28:39, archivo 20****: "Señoría, estando en el momento procesal adecuado y pertinente, me permito presentar recurso de apelación parcial contra el numeral 3º, acabado de proferir por el honorable despacho, a fin de que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se sirva revocar las condenas impuestas a mi representada de manera indexada conforme la parte motiva y resolutiva de la sentencia.*

En cuanto a la indexación honorables magistrados, me permito argumentar que no sería procedente conforme a lo establecido en sentencia C 00161 del 13 de mayo 2010, Magistrado Ponente, Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en "La actualización, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial". Adicionalmente, a través de sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, se precisa que la indexación es "la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía", en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que tienen las AFPS en el particular mi representada, se puede evidenciar la obligación de generar unos rendimientos mínimos y pues se puede evidenciar conforme a las pruebas que obran en el expediente que durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado a mi representada, se produjeron unos rendimientos financieros y, por el contrario, la inflación nunca afectó los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, por tanto, no sería compatible ordenar esta indexación. En esa medida también cuando se está ordenando la devolución de rendimientos financieros, digamos que este rubro también sería excluyente si

a lo establecido en sentencia C - 00161 del 13 de mayo 2010, Magistrado Ponente, Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en "*La actualización, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial". Adicionalmente, a través de sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, se precisa que la indexación es "la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía*", dicho esto, expuso, dentro de las obligaciones que tienen las AFP, se puede evidenciar la obligación de generar unos rendimientos mínimos y conforme a las pruebas que obran en el expediente se corrobora que durante el tiempo en el que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, se produjeron unos rendimientos financieros y, por el contrario, la inflación nunca afectó los dineros de la cuenta de ahorro individual, por tanto, no sería compatible ordenar esta indexación.

Añadió, en esa medida también cuando se está ordenando la devolución de rendimientos financieros, este rubro también sería excluyente si también se ordena la indexación, teniendo en cuenta que en sentencias de fechas, 21 de junio 2022, del Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencias del 25 de julio, 31 de octubre de 2022 y sentencia del 20 de enero 2023 proferidas por el honorable Tribunal Superior de Cali Sala Laboral, ya que acogen la tesis de que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en los emolumentos a retornar y se fundamentan en el artículo 1746 del Código Civil, que se aplica por analogía a esta temática de las ineficacias de traslado, tal como también lo acoge la sentencia de SL 2946 de 2021. Todo aquello con el fin de suplir el déficit fiscal que ocasiona el traslado de régimen del demandante.

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

CONSIDERACIONES

---

también se ordena la indexación, teniendo en cuenta que en sentencias de fechas, 21 de junio 2022, del Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencias del 25 de julio, 31 de octubre de 2022 y sentencia del 20 de enero 2023 proferidas por el honorable Tribunal Superior de Cali Sala laboral, entienden y acogen la tesis de que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en los emolumentos a retornar y se fundamenta en estas decisiones, se fundamentan en el artículo 1746 del Código Civil, que se aplica por analogía a esta temática de las ineficacias de traslado, tal como también lo acoge la sentencia de SL 2946 de 2021. Todo con aquello de suplir el déficit fiscal que ocasiona el traslado de régimen del demandante, en ese sentido, sustento y presento mi recurso. Apelación parcial contra el numeral tercero, acabo de proponer por el honorable despacho, muchas gracias. Muchas gracias".

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «*01Cuadernoprincipal.pdf*» páginas 1 a 2), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 3, ibidem), aspirando:

PRIMERA: Declarar la ineficacia del traslado realizado por el señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCION S.A. en el mes de enero de 1997 y, en consecuencia, la inoperancia de sus efectos

SUBSIDIARIA A LA PRIMERA Se declare la nulidad del traslado del señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCION S.A. en el mes de enero de 1997.

SEGUNDA: Se declare como afiliación valida al Sistema General de Pensiones del señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

TERCERA: Se declare que el señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

CUARTA: Se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los aportes realizados por el señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como los rendimientos y demás sumas causadas a favor del demandante.

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el señor FRANCISCO LUIS PUMAREJO AGUIRRE en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXTA: Que se profiera las condenas extra y ultra petita que el señor Juez considere pertinentes.

SEPTIMA: Que se condene a la Entidad demandada al pago de las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado a través de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, se ordenó a COLPENSIONES a autorizar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en las mismas condiciones pensionales que tenia al momento de haber sido trasladad al RAIS, se ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a formar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que el demandante estivo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante, declaró que COLPENSIONES puede obtener por

las vías judiciales el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en el que asuma la obligación pensional y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el *a quo*,** 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, ni se le explicó las consecuencias de su traslado al 1997.

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

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 24 de enero de 1969 (Página 26, Archivo 01), por lo que la edad de 62 años, la alcanzará el mismo día y mes del año 2031, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR el 08 de marzo de 2021 (págs. 42 a 57, archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba

[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".*

apenas con 36,29 semanas (pág. 33 *«09ContestaciónProtección.pdf»*)[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 el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de enero de 1997, efectivo el 1º de marzo de 1997 (páginas 30 y 34, archivo 09), por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, certificación de afiliación 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

---

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
254	36.29	0	0.00	0	0.00	1234	176.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	254	SEMANAS:	36.29	DIAS:	1234	SEMANAS:	176.29

El número de semanas se calculó con días calendario

Afiliados	C 85454540	PUMAREJO	AGUIRRE	FRANCISCO	LUIS
Asofondos	C 85454540	PUMAREJO	AGUIRRE	FRANCISCO	LUIS

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	En ob
P 1007300127 - 11	COLOMSAT S.A	LABORAL	TRADICIONAL	21/07/1993	06/03/1994	229	$298,110	
P 1007300127 - 11	COLOMSAT S.A	LABORAL	TRADICIONAL	07/03/1994	30/11/1994	269	$450,000	
P 1007300127 - 11	COLOMSAT S.A	LABORAL	TRADICIONAL	01/12/1994	31/12/1994	31	$700,000	

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[5], en los términos del artículo 1746 del Código

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

Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (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 aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> ***«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en*

> *sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese sentido, 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 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente 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.

"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

las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, CSJ SL1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)».*

---

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».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se vinculó al fondo privado cuando en la empresa donde trabajaba llegó un primo que era asesor de Porvenir y le informó que el Seguro Social se iba acabar, por lo que debía trasladarse y que si no se trasladaba se iba a quedar sin pensión, no le informaron sobre la posibilidad de retornar al ISS, no le explicaron que pasaría con los aportes del ISS una vez se trasladara, tampoco cuales eran los requisitos para pensionarse en el RAIS.

---

[7] ***Interrogatorio Demandante., récord 17:13, archivo 20:*** *"Hace 26 años deje de estar e ISS, en el año 97 me afilié a DAVIVIR, en el año 2020 estábamos en Pandemia y mi esposa me insistía que tenía que hacer la doble asesoría, después de mucha insistencia llamé a Colpensiones y me dijeron que tengo más de 56 años y no podía hacer el traslado, me dijeron que la salida era el curso legal que es esta demanda, me hicieron la proyección y la mesada es dramática, por eso quiero volver, hasta este momento no tenía la certeza de que había una diferencia tan fuerte en los 2 regímenes para pensionarse, nosotros recibíamos al visita de las personas de los nuevos fondos de pensiones, que traían información, no del ISS o Colpensiones, cuando entré a mi primera empresa me afilian al ISS y cuando llegan los fondos , ellos fueron a visitarnos no nosotros, en el año 2021 me dijeron que no me podía regresar, eso fue por mi esposa, en enero de 1997 llené los datos personales y me afilió un primo y él llenó el resto, tenía un doble efecto la afiliación y él me decía que me convenía mucho y que los rendimientos iban a ser importantes y la pensión era mejor, además, lo estaba ayudando a él porque tenía unas bonificaciones, leí los datos personales, contactos y eso, la solicitud de traslado de bonos no firmé, mi asesor que era mi primo, buscó cuántas semanas llevaba y esperamos un tiempo para que se trasladara la solicitud, no hice una verificación y él me dijo que esperáramos un año, mi primo vino a la empresa, en la reunión que nos hico estuvimos 3 ingenieros que laborábamos, él afilia a las 2 personas y ellos habían entrado antes que yo, y me dijo que conmigo debía esperar, me dijo que me convenía muchísimo y que los rendimientos iban a ser mejores, él llevó unas proyecciones y era buenísimo, así que me trasladé lo segundo era que la mesada era mejor al ISS y lo tercero era que me podía pensionar antes de la edad con la AFP, en 1997 no sabía, eso lo supe en el 2020 o cerca, en ese año de traslado no tenía conocimiento de esas cosas, mi primo laboró en esa AFP por varios años porque afilió a mucha familia al Régimen de Ahorro Individual, afilió a varios primos y 2 hermanas, si me dijeron sobre la cuenta de ahorro individual y esa es una gran diferencia con respecto al RPM, estaba relacionado a los requisitos del ISS, me decían que si tenía la semana antes me podía pensionar antes, ese fue el gancho, yo me trasladé en el 2012 a ING porque PORVENIR nunca me visitó, los chicos de INGE si me visitaron y me muestran que pueden hacerme al proyección de los aportes voluntarios y ese es el motivo de traslado en el 2012, me piden que haga un ahorro voluntario adicional, si los he efectuado, el 26 de enero de 2000 no tenía al conciencia de estará filiado a Porvenir, la verdad es que estaba tercerizado en una empresa latina y en un momento nos dijeron que todos pasaríamos ya otra empresa y ellos nos afiliaron y nos dieron papeles para firmar, duré 10 años y no sabía, estuve revisando mi historia laboral y ahí es que caigo en cuenta que seguramente cuando me pasaron a la nueva empresa uno firmaba todos los papeles que el ponían al frente, yo tenía 54 años y no tenía consciencia, me di cuenta al traer la historia laboral, en 1997 y 2012 si me cambié, viví con mi primo pero cuando empezamos a trabajar nos distanciamos, discutimos este tema pero él me orientaba hacia el fondo porque él trabajaba en el fondo, si he recibido extractos, creo que si entiendo los extractos, en el 2021 fue cuando me di cuenta que estaba extemporáneo,".*

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

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (Pág. 30, archivo 09) este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al 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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1997**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su 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. (antes DAVIVIR) omitió en el momento del traslado de régimen **(27 de enero de 1997, efectivo el 1° de marzo de 1997),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN S.A, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el

fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las accionadas PORVENIR y PROTECCIÓN, también deberán retornar las **comisiones utilizados debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, todos 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.

Sea del caso indicar, en cuanto a los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación 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, 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:

---

[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

También es importante señalar, en cuanto al punto de 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, incluso, de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda

y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Es de advertir a PORVENIR en punto a cada 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (Página 21, archivo 07), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

[9] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto de 16 de febrero de 2023 («archivo 15»).*

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 el punto 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES, además del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, 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 esa administradora, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

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 JAIRO CASTAÑEDA DIAZ CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 02 2019 00784 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren el siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, MINISTERIO PÚBLICO y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 20 de septiembre de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 27, expediente digital récord 0:52:39),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO*** *que realizó el señor(a)* ***JAIRO CASTAÑEDA DIAZ*** *identificado(a) con* ***CC. 19.354.437****, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *realizado el* ***05 de julio de 2000****; que se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *a devolver dentro de los* ***cuarenta y cinco (45)*** *días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor(a)* ***JAIRO CASTAÑEDA DIAZ****, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.*

> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS*** *de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la demandante.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la parte accionada la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,*** *dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***SEXTO:*** *Si la presente decisión no fuera apelada,* ***REMITIR*** *por secretaría el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. - Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, dirigir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.".*

Inconforme con la sentencia COLPENSIONES solicitó[1] su revocatoria teniendo en cuenta que el demandante se encuentra vinculado al régimen de Prima Media, consciente de la decisión o producto de una decisión libre, consciente y voluntaria, la cual no tuvo injerencia alguna en el negocio celebrado inicialmente por el demandante y la AFP demandada.

Asimismo mencionó, la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en la cual el legislador establece una temporalidad para aquellas personas que quisieran trasladarse de un régimen a otro, por lo que, al revisar el auto admisorio de la demanda se tiene que el demandante se encontraba inmerso en aquella prohibición, por ende, al condenarse a la entidad a recibir al demandante el régimen de prima media, se tendría que reconocer una futura prestación que estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que se

---

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 0:55:48, archivo 27****: "Gracias su Señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir por el juzgado. De esta manera solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá del honorable tribunal, que se revoque la sentencia proferida, teniendo en cuenta que el demandante se encuentra vinculado al régimen de Prima Media, consciente de la decisión o producto de una decisión libre, consciente y voluntaria, la cual no tuvo injerencia alguna en el negocio celebrado inicialmente por el demandante y la AFP demandada, así las cosas, le solicito a los magistrados que al momento de proferir sentencia de fondo se tenga en cuenta las particularidades del caso en cuestión.*

Asimismo, la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en la cual el legislador establece una temporalidad para aquellas personas que quisieran trasladarse de un régimen a otro, al revisar el auto comisorio de la demanda se tiene que el demandante se encontraba inmerso en aquella prohibición, por ende, al condenarse a mi representada a recibir al demandante el régimen de prima media, se tendría que reconocer una futura prestación que estaría afectando el equilibrio financiero del sistema. Esto es la sostenibilidad financiera del mismo, como quiera que se tienen que reconocer una prestación por parte de mi representada a una persona que no estuvo vinculada por un tiempo prolongado con mi defendida. Así las cosas, le solicito a los honorables magistrados que se revoque la sentencia en cuanto a las condenas en contra de mi representada. ".

tiene que reconocer una prestación a una persona que no estuvo vinculada por un tiempo prolongado.

Por su parte, PORVENIR indicó[2], no estar de acuerdo con lo ordenado en el numeral segundo en cuanto a la condena al traslado de gastos de administración y primas de los seguros previsionales debidamente indexados, por cuanto el descuento que se efectuó de los aportes realizados por el demandante se realizó en cumplimiento de la normatividad vigente que lo ha señalado así, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, precisó, tales descuentos, especialmente ese 3% efectuado de los aportes, durante todo el tiempo que el demandante estuvo vinculado con la AFP, cumplieron plenamente su finalidad, esto es, los gastos de administración, rendimientos propios del régimen de ahorro individual y las cuotas o seguros previsionales.

---

[2] ***Recurso Porvenir, récord 0:57:55, archivo 27: "****Gracias su Señoría, estando en la oportunidad procesal correspondiente, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada, especialmente en el numeral segundo en cuanto a la condena a mi representada al traslado de gastos de administración y primas de los seguros previsionales, estos rubros debidamente indexados por las siguientes razones. Y sea lo primero indicar honorables magistrados que el descuento que se efectuó de los aportes realizados por el demandante a mi representada se realizó en cumplimiento de la normatividad vigente que lo ha señalado así, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, es preciso indicar, tales descuentos, especialmente ese 3% efectuado de los aportes, durante todo el tiempo que el demandante estuvo vinculado con mi representada, cumplieron plenamente su finalidad, y esto es claramente en cuanto a los gastos de administración. El reconocimiento de rendimientos propios del régimen de ahorro individual y así mismo de las cuotas o seguros previsionales, pues ruego tenerse en cuenta que mi representada no cuenta con oro alguno como quiera que esa suma es trasladada a las respectivas aseguradoras contratadas para el amparo y las prestaciones económicas que salvaguardan como lo son las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, que si bien no se causaron, afortunadamente en favor del demandante, pues lo cierto es que el actor estuvo plenamente amparado respecto a esas contingencias. En igual sentido, honorables magistrados es importante indicar que ese 3% descontado de los aportes del demandante, son realizados a los afiliados al sistema general de pensiones. Independientemente si el mismo se encuentra en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, lo cual conlleva a que ese 3%, no sea trasladado a la administradora al régimen de Prima media y, por lo tanto, al momento del eventual reconocimiento de la prestación de vejez del demandante en dicho régimen, pues no le sea afectada por su reconocimiento o financiación de la prestación, como quiera que como se dijo en anteriores explicaciones, pues ese 3% también es aplicable en el régimen de prima media.*

Por último, pone de presente esta apoderada a la sala que estudiará la presente sentencia recurrida que, si bien la motivación de los fallos en esta clase de procesos es aplicar la ineficacia como institución jurídica y, por lo tanto, hacer que el hecho del traslado de régimen pensional nunca hubiera surtido de efectos jurídicos, lo cierto y es apenas razonable que tampoco se estaría ordenando el traslado de rendimientos propios del régimen de ahorro individual. Como quiera que el demandante, según la motivación, nunca estuvo afiliado al régimen por privado, por lo tanto, pues no sería dable devolver unas sumas que nunca se hubieran originado en el régimen de prima media. No obstante, si para la sala de segunda instancia es clara esa confirmación del traslado de los rubros en cuanto a los rendimientos, solicita está apoderada judicial, muy respetuosamente sean compensados respecto de las sumas descontadas, como lo son los seguros previsionales y gastos de administración, como quiera que una vez revisada la cuenta de ahorro individual del demandante, es claro que el reconocimiento a la fecha de rendimientos supera casi que el 50% del total de la cuenta, lo cual supera casi que a creces todos los descuentos legales efectuados a los aportes realizados por el demandante bajo esos términos dejó sustentado mi recurso de apelación, solicitando nuevamente a los honorables magistrados la revocatoria del Numeral 2° ".

Agregó, la AFP no cuenta con oro alguno como quiera que esa suma es trasladada a las respectivas aseguradoras contratadas para el amparo y las prestaciones económicas que salvaguardan como lo son las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, que, si bien no se causaron, afortunadamente en favor del demandante, lo cierto es que el actor estuvo plenamente amparado respecto a esas contingencias. En igual sentido, adujo, el 3% descontado de los aportes del demandante, son realizados a los afiliados al sistema general de pensiones, independientemente si el mismo se encuentra en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, lo que conlleva a que ese 3%, no sea trasladado a la administradora al régimen de Prima media y, por lo tanto, al momento del eventual reconocimiento de la prestación de vejez del demandante en dicho régimen, pues no le sea afectada por su reconocimiento o financiación la prestación.

Por último expuso, como quiera que el demandante, según la motivación, nunca estuvo afiliado al régimen privado, no es dable devolver unas sumas que nunca se hubieran originado en el régimen de prima media. No obstante, si es clara esa confirmación del traslado de los rubros en cuanto a los rendimientos, solicitó sean compensados respecto de las sumas descontadas, como lo son los seguros previsionales y gastos de administración, como quiera que una vez revisada la cuenta de ahorro individual del demandante, es claro que el reconocimiento a la fecha de rendimientos supera casi que el 50% del total de la cuenta, lo cual supera casi que a creces todos los descuentos legales efectuados a los aportes realizados por el demandante.

Finalmente, el Ministerio Público intervino, exponiendo[3], se debe efectuar el traslado de los aportes y demás se rendimientos y conceptos que tanto la ley

[3] ***Récord 01:03:00, archivo 27, Ministerio Público:*** *"su Señoría en el Estado procesal, la clave está en el Ministerio público de poner recurso de apelación, un aspecto muy puntual de la sentencia que considera que es necesario que el Tribunal lo precise, dado que, si bien se dejó implícito en la parte, motiva de la decisión. En la parte resolutiva, en el numeral segundo de la parte resolutiva, resulta necesario, a criterio de esta agencia, que quede aún más claro, dado que la sentencia es el título Ejecutivo que más adelante se va a encontrar con el fin de hacer el traslado de los aportes y demás se rendimientos y conceptos que tanto la ley como la jurisprudencia han establecido que las administradoras de fondos de privados de pensiones deben trabajar como consecuencia de la ineficacia y en este caso, si bien la primera instancia precisó que con base en la jurisprudencia vigente debían trasladarse los gastos de adicionales a los de administración y las comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia considera que debe precisarse expresamente que también debe trasladarse el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexado. Y Así mismo precisarse que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Lo anterior con base en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, particularmente. La SL 3932 del 2023, radicación 89381 magistrado Ponente, Maryory Zúñiga Romero. En los anteriores términos de expuesto el recurso, este Agencia de Ministerio Público para resolución de la sala laboral del Tribunal Superior. Muchas gracias. Gracias".*

como la jurisprudencia han establecido que las administradoras de fondos de privados de pensiones deben trabajar como consecuencia de la ineficacia y en este caso, si bien en primera instancia se precisó que con base en la jurisprudencia vigente debían trasladarse los gastos de adicionales a los de administración y las comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia explicó que debe señalarse expresamente que también debe trasladarse el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexado. Asimismo, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Lo anterior con base en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, particularmente. La SL 3932 del 2023, radicación 89381 magistrado Ponente, Maryory Zúñiga Romero.

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 6 a 7, archivo 01 Expediente Escaneado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 8 y 9, ibidem),* aspirando:

5.1. DECLARATIVAS PRINCIPALES

5.1.1. DECLARAR que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES**, convalide en la historia laboral del señor **JAIRO CASTAÑEDA DIAZ** el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1977 al 31 de agosto de 1978, tiempos en los cuales laboró para la empresa MURILLO, LOBO Y CIA. LTDA.

5.1.2. Como consecuencia de lo inmediatamente anterior, **DECLARAR** que el señor **JAIRO CASTAÑEDA DIAZ** es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia puede regresarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida en aplicación de la sentencia SU /062 de la Honorable Corte Constitucional.

5.2. DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

5.2.2. DECLARAR la existencia del vicio del consentimiento que indujo en error al señor JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ, al momento de su afiliación a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

5.2.3. DECLARAR como consecuencia la ineficacia del acta o formulario de afiliación suscrito por el señor **JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ,** mediante el cual se afilió al RAIS a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

5.2.4. DECLARAR para efectos pensionales, que el señor **JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ** continúa afiliado en el RPM hoy administrado por **COLPENSIONES**, como si nunca se hubiere trasladado.

5.2.5. DECLARAR para efectos pensionales, que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** realice la devolución de los aportes efectuados por mi poderdante al RAIS, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** quien administra el RPM.

5.2.6. DECLARAR que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** como encargada de administrar el RPM, reciba en calidad de afiliada a el señor **JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ.**

5.3. CONDENATORIAS PRINCIPALES

5.2.1. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a convalidar en la historia laboral del señor **JAIRO CASTAÑEDA DIAZ** el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1977 al 31 de agosto de 1978, tiempos en los cuales laboró para la empresa MURILLO, LOBO Y CIA. LTDA.

5.2.2. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, a recibir en calidad de afiliado al señor **JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ** como si nunca se hubiere trasladado al RAIS.

5.2.3. CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a realizar la devolución de los aportes hechos por mi poderdante al RAIS, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** quien administra el RPM.

5.2.4. CONDENAR a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades *ultra y extra petita.*

5.2.5. CONDENAR a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

5.3. CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS

5.2.2. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, a recibir en calidad de afiliado al señor **JAIRO CASTAÑEDA DÍAZ** como si nunca se hubiere trasladado al RAIS.

5.2.3. CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a realizar la devolución de los aportes hechos por mi poderdante al RAIS, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** quien administra el RPM.

5.2.4. CONDENAR a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades *ultra y extra petita.*

5.2.5. CONDENAR a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado que realizó demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. el 05 de julio de 2000; ordenando el traslado del demandante a COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado y condenó en

costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, 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, ni se le explicó las consecuencias de su traslado al 2000.

Valga precisar, la Juez a quo no se pronunció respecto a la corrección de historia laboral por cuanto la sociedad MURILLO, LOBO Y CIA LTDA esta liquidada, conforme lo informó la parte actora en el archivo 15 (sentencia récord 13:32, archivo 27).

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

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 02 de abril de 1959 *(Página 31, Archivo 01Expediente Escaneado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR el 09 de abril del 2019 (páginas 249 a 254, *Archivo 07Expediente Escaneado)* y ante COLPENSIONES el 25 de marzo de 2020 (página 142, *Archivo 07Expediente Escaneado),* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 736,29 semanas cotizadas al

[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".*

sistema[5] *(Páginas 64, archivo 09 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional, Contestación)* y tenía 35 años de edad cumplidos, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 **05 de julio de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 2000** *(Páginas 36 y 58, archivo 09 expediente Contestación.pdf)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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
5357	765.29	0	0.00	203	29.00	6765	966.43	0	0.00	203	29.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	5154	SEMANAS:	736.29	DIAS:	6562	SEMANAS:	937.43

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 tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*

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

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

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico*

> *a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** 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 2011[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

[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".

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera*

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

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

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

> *una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Puntualmente, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[8] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 2000, llego a las oficinas los asesores del Fondo PORVENIR S.A., quienes le sugirieron el traslado a esa administradora argumentando que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que debían salva guardar la pensión, generando temor e incertidumbre, empero, no se le informó de las características, ventajas y desventajas del RAIS al momento de hacer efectivo el traslado.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (*Página 36, Archivo 09 Contestación.pdf),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le

[8]***Interrogatorio demandante, récord 0:15:06, archivo 13: "****nos visitó una representante de ventas de Porvenir ofreciendo la afiliación en julio de 2000, donde ofrecía una mejor pensión al final del tiempo cuando uno se fuera a pensionar, ignorando que el ISS se acabaría y que lo más conveniente era afiliarnos a Porvenir, recibí la visita en la Calle 36 con 22 en mi oficina, la reunión fue individual, esa reunión duró como 30 o 35 minutos, se hizo el diligenciamiento del formulario correspondiente, dijeron que la pensión seria heredable, que uno se podía pensionar en cualquier momento de la vida laboral, que sería mucho mejor el rendimiento de esa pensión debido a que Porvenir tenía en su aportes todos los Bancos privados y no dejaron que Porvenir se quebrara y que no iban a dejar que pasara eso, no me indicaron sobre los aportes en al cuenta de ahorro, no me hablaron sobre rendimientos, lo primero que hice la afiliación ya tenía más de 900 semanas y no me dijeron el pro y contra, lo que me ha planteado Porvenir es mucho más bajo que lo que me da Colpensiones, caí en un error dirigido por Porvenir ya que el ISS nunca se acabó, en ningún momento me indicaron el valor de la mesada yo no sabía los requisitos del régimen público, estuve mirando la historia laboral con respecto a cómo iba allá, Porvenir no nos ayudó una parte y empecé en 1977 a trabajar y eso no nos ayudó, yo recibía extractos y aparentemente iba bien, quiero regresar a Colpensiones porque empecé en 1977 a aportar hasta 1998 y he solicitado al Seguro corrija al fecha, porque no aparece mi historia laboral, la mesada es superior a la que me daba Porvenir, Porvenir no me asesoró porque yo tenía más de 750 semanas, el valor de la mesada es la principal aunque también el hecho de la corrección de la historia laboral, no aparece nada en la historia laboral, en la declaración de renta de 77 y 78 se adjuntó el recibo de la empresa Murillo y en esos 2 años se adjunta el recibo y se apagaron los impuestos a esa retención que me hizo el seguro, se adjuntó y no ha habido respuesta alguna, yo arranqué en enero de 1977, el bono pensional era como un ahorro, me dieron información básica y no explicaron pro o contras, pasados los años el Seguro Social pasó a ser Colpensiones, todo era con Colpensiones".*

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones 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 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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, 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 **(solicitud del 05 de julio de 2000, efectivo el 1° de septiembre de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de

régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como, cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso del Ministerio Público, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR S.A también debe devolver a COLPENSIONES las **comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[10], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

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

---

[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

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

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

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Páginas 34 a 36, archivo 06 Contestación Colpensiones.pdf, expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo,

[11] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de noviembre del 2021, archivo 10 expediente digital.*

máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE CONTRA POLLO ANDINO LTDA (RAD. 03 2021 00104 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 3º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de abril del 2023 (Audiencia virtual archivo 07, récord: 1:50:37), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR que entre el demandante NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE y la demandada POLLO ANDINO S. A., existió un contrato de trabajo, inicialmente a término fijo, que inició el 16 de noviembre del año 2006, y que en el año 2007 fue modificado a través de OTRO SI a término indefinido, el cual finalizó el 26 de septiembre del año 2020 por decisión unilateral del empleador, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO****: DECLARAR PROBADAS la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, propuesta por la demandada, de conformidad con la parte considerativa.*
>
> ***TERCERO****: SIN COSTAS, ni agencias en derecho en esta instancia.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte Demandante, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la decisión[1] en cuanto el a quo determinó o concluyó que, para la fecha de terminación del

[1] ***Recurso Demandante (récord: 1:51:50, archivo 07):*** *"Gracias su Señoría, parte actora por ser esta la oportunidad procesal pertinente, dispone formular recurso de apelación en contra de la decisión que pone fin a la primera instancia, el alcance de este recurso, Señoría, es que la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, disponga revocar la sentencia objeto de reproche y por ser esta la dinámica de los*

contrato de trabajo, esto es, el 26 de septiembre del 2020, el demandante no se encontraba amparado por la figura de la estabilidad laboral reforzada en atención a que no alcanzaba el porcentaje de disminución de la capacidad laboral, pues tal y como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-087 del año 2022, esta garantía de la estabilidad laboral reforzada, también puede revisarse o acreditarse mediante "*La acreditación del impacto en sus funciones se puede acreditar a partir de varios supuestos, el primero que la pérdida de la capacidad laboral sea notoria y evidente*".

---

juicios del trabajo, procedo a sustentar en el acto, el recurso que acaba de formular en los siguientes términos.

En primera medida, Honorables Magistrados, parte actora, se encuentra de acuerdo con la decisión del despacho en cuanto a declarar la existencia del vínculo laboral en los extremos temporales que se describen, o se establecen en la sentencia que pone fin a la primera instancia.

La parte actora se aparta de forma, desde luego, muy respetuosa de la decisión que ataco en cuanto determina o concluye que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, esto es, el 26 de septiembre del año 2020, el demandante no se encontraba amparado por la figura de la estabilidad laboral reforzada en atención a que no alcanzaba el porcentaje de disminución de la capacidad laboral en las razones que en la parte motiva, se describieron en la sentencia que se apela en primera medida, tal y como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-087 del año 2022, esta garantía de la estabilidad laboral reforzada, también puede revisarse o acreditarse mediante "La acreditación del impacto en sus funciones se puede acreditar a partir de varios supuestos, el primero que la pérdida de la capacidad laboral sea notoria y evidente", el Despacho en primera medida, el juzgador revisa la prueba documental consistente en recomendaciones médicas, pero las mismas a juicio este apoderado, ofrecen una conclusión probatoria diferente a la que se determina por el fallador, más allá de que dichas recomendaciones laborales sean de carácter temporal, lo que demuestran es que el señor Nilo Ricardo Trujillo no podía desempeñar sus actividades laborales, como lo realizaba de manera normal, previo a la ocurrencia del accidente de trabajo que le produjo su disminución de la capacidad laboral.

Para revisar este impacto en las funciones y en la actividad del demandante, a juicio de este apoderado, más allá de la limitante del porcentaje del 15%, debe entenderse lo siguiente, en primera medida, la limitación del 12.3% es una limitación significativa. En el expediente logra acreditarse que, la actividad laboral del actor es una actividad de operario que implica el ejercicio de actividades físicas que desde luego, la disminución de la capacidad laboral le ha impactado significativamente en el ejercicio de sus actividades y en el entorno social, como se puede revisar en este tipo de situaciones, de tal suerte que de revisar esa prueba documental consistente en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que puede ser emitido en primera oportunidad por la ARL Liberty que obra en el expediente, así como el emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, junto con las recomendaciones laborales, parte actora, logra acreditar que la disminución de la capacidad laboral, desde luego el demandante es notoria y evidente y limita drásticamente el ejercicio de sus funciones, al revisarse lo anterior, entonces deberá modificarse la decisión, de que para la fecha 26 de septiembre del año 2020, el actor si gozaba de la estabilidad laboral reforzada.

Visto lo anterior, entonces, tal y como lo señalé en las alegaciones de cierre, no existe una justa causa, para la terminación del contrato de trabajo, o por lo menos no se logra acreditar, desde luego porque no existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, motivo por el cual se presume, que la terminación del mismo obedeció a la condición de salud y de discapacidad o disminución de la capacidad laboral que padece el actor para la fecha de terminación del contrato, esto es, el 26 de septiembre del año 2020 y que revisado la prueba que se arrimó en este proceso judicial, prueba documental, interrogatorios de partes y testimoniales, no logra la parte pasiva derruir esa presunción que se acaba de indicar el motivo por el cual desde luego, entonces, ha de tenerse para todos los efectos que la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a su condición de salud.

En esta forma, entonces la parte actora, formula el recurso de apelación, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con el objeto de como ya se indicó con anterioridad, se disponga a revocar la sentencia y en segunda instancia se emita una que acoja la totalidad de las pretensiones de la demanda.".

Agregó, el juzgador revisó la prueba documental consistente en las recomendaciones médicas, mismas que ofrecen una conclusión probatoria diferente a la que se determinó por el fallador, más allá de que dichas recomendaciones laborales sean de carácter temporal, lo que demuestran es que el señor Nilo Ricardo Trujillo no podía desempeñar sus actividades laborales, como lo realizaba de manera normal, previo a la ocurrencia del accidente de trabajo que le produjo su disminución de la capacidad laboral.

Para revisar este impacto en las funciones y en la actividad del demandante, a juicio de dicho extremo, más allá de la limitante del porcentaje del 15%, debe entenderse que la limitación del 12.3% es significativa. En el expediente logra acreditarse que la actividad laboral del actor es una actividad de operario que implica el ejercicio de actividades físicas que desde luego, la disminución de la capacidad laboral le ha impactado significativamente en el ejercicio de sus actividades y en el entorno social, como se puede revisar en este tipo de situaciones, de tal suerte que, de revisar esa prueba documental consistente en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que puede ser emitido en primera oportunidad por la ARL Liberty que obra en el expediente, así como el emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, junto con las recomendaciones laborales, se logra acreditar que la disminución de la capacidad laboral es notoria, evidente y limita drásticamente el ejercicio de las funciones, por lo que debe modificarse la decisión y declararse que el demandante gozaba de la estabilidad laboral reforzada.

Añadió, no existe una justa causa, para la terminación del contrato de trabajo, o por lo menos no se logra acreditar, porque no existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, motivo por el cual se presume, que la terminación del mismo obedeció a la condición de salud y de discapacidad o disminución de la capacidad laboral que padece el actor para la fecha de terminación del contrato, esto es, el 26 de septiembre del año 2020, arguyó, revisado la prueba que se arrimó en este proceso judicial, como documental, interrogatorios de parte y testimoniales, no logra la parte pasiva derruir esa presunción que exige la normatividad.

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 7, archivo 01 expediente digital)*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (*páginas 3 y 5, ibidem*), y las cuales se relacionan a continuación:

> **Declarativas:**
>
> **PRIMERA:** Se declare que entre el Sr. **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE** y la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, existió un contrato individual de trabajo a término indefinido entre el día 06 de noviembre de 2006 y el 26 de septiembre de 2020.
>
> **SEGUNDA:** Se declare que para el momento de la terminación del contrato el Sr. **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE**, se encontraba en estado de discapacidad.
>
> **TERCERA:** Se declare que el **CONTRATO INVIVIDUAL DE TRABAJO**, finalizó el día 26 de septiembre de 2020 de forma ineficaz, al no contar la empresa con autorización por parte del Ministerio de Trabajo para realizar el respectivo despido.
>
> Como consecuencia de la anterior declaración, solicito se profieran las siguientes:
>
> **De condena:**
>
> **PRIMERA: AL REINTEGRO** sin solución de continuidad, del Sr. **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE**, a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al cargo de **OPERARIO**, o en un cargo de trabajo igual o superior al que venía desempañando al momento del despido.
>
> **SEGUNDA:** Se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de los salarios dejados de percibir con su respectivo reajuste salarial, desde la fecha en que se produjo el despido y hasta que sea efectué el reintegro.
>
> **TERCERA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de las cesantías dejadas de percibir desde la fecha que se efectuó el despido y hasta que sea reintegrado el trabajador.
>
> **CUARTA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de los intereses a las cesantías dejados de percibir desde la fecha que se efectuó el despido hasta que sea reintegrado el trabajador.
>
> **QUINTA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de las primas dejadas de percibir desde la fecha que se efectuó el despido hasta que sea reintegrado el trabajador.

> **SEXTA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de las vacaciones dejadas de percibir desde la fecha que se efectuó el despido hasta que sea reintegrado el trabajador.
>
> **SEPTIMA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de los aportes a la seguridad a satisfacción de la administradora de fondos de pensiones, ésto es **PROTECCIÓN S.A.**, a través de la liquidación del título pensional por los aportes a pensión no efectuados desde la fecha que se efectuó el despido hasta que sea reintegrado el trabajador.
>
> **OCTAVA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, toda vez que la demandada no solicito autorización al Inspector de Trabajo para terminar su relación laboral con el Sr. **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE**, quien al momento de despido se encontraba con estabilidad laboral reforzada por incapacidad permanente parcial, tal y como lo indica el inciso 2 del artículo 26 de la ley 361 de 1997.
>
> **NOVENA:** Que la demandada debe pagar las costas del presente proceso incluidas las Agencias en Derecho.
>
> **DECIMA:** Con fundamento en las facultades extra y ultra Petita condene a la demandada a las demás prestaciones e indemnizaciones a que mi mandante tenga derecho, con fundamento en lo que resulte probado.
>
> **DECIMA PRIMERA:** Que se condene a la sociedad **POLLO ANDINO S.A.**, al pago de la indexación de las sumas reconocidas a partir de la ejecutaría de la sentencia y hasta que se efectué el pago.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto, se absolvió de las pretensiones incoadas tras considerar que desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial se puede extraer que la garantía de estabilidad laboral no está destinada a cualquier trabajador sino a aquél que tenga una limitación física que no le permita ejercer las funciones de manera correcta, presupuestos que aplicados al caso concreto permiten aseverar que el demandante no gozaba de la anhelada estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, pues si bien no desconoció la existencia de los accidentes acaecidos en las instalaciones de la empresa, lo cierto es que, desde el 2018 al 2020, fecha última de terminación, el actor no se vio limitado en sus funciones.

Advirtió, la empresa no puede alegar que el demandante no tenía una PCL superior al 15% ya que este requisito ha sido revaluado por las altas corporaciones y se debe tener en cuenta es la limitación para laborar, infiriendo que el señor Ricardo Trujillo tenía limitaciones las cuales fueron se expidieron de forma limitada, esto es, por 6 semanas, es decir, hasta el 25 de abril de 2018

tenía recomendaciones, las cuales la empresa tuvo en cuenta y acató, luego, el 4 de mayo de 2018 le fueron expedidas otras recomendaciones por 4 semanas y por último la ARL LIBERTY expidió recomendaciones hasta el 7 de diciembre de 2018, lo que demuestra que el actor tenía en forma temporal una limitación para ejercer las funciones no encontrándose acreditado con posterioridad las limitaciones que sufría el demandante, salvo que se tratara de recomendaciones permanentes, por lo que para la fecha de terminación del contrato el actor tenía la misma limitación del 12,30% sin que se advierta que necesitaba de cambios sustanciales para ejercer las funciones para las cuales fue contratado, lo que no lo hacía sujeto de especial protección.

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

Así las cosas, en primer lugar, debe advertir esta Sala de decisión, no esta en discusión el contrato de trabajo que existió entre las partes -demandante y POLLO ANDINO S.A.- desarrollado del 16 de noviembre de 2006 al 26 de septiembre de 2020- durante el cual el accionante ocupó el cargo de "*OPERADOR DE LOGISTICA*", pues así lo declaró el juzgador de primer grado y ello no fue objeto de reparo, así mismo, se prueba esta situación con la certificación laboral, contrato de trabajo, otrosí y liquidación de prestaciones sociales, (págs. 23 a 59, archivo 01 expediente digital), el cual terminó por decisión unilateral de la accionada (pág. 53, ibidem).

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

complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *"bajo el supuesto de que (…)* ***carece de todo efecto jurídico*** *el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato."*, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

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

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

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e****l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»****, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí,* ***la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***
>
> *(….)*

> *Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997* ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme a lo anterior,* ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*
>
> *En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."*

Del mismo modo dicha Corporación en reciente sentencia SL1152 del 10 de mayo del 2023 Radicado No. 90116 señaló que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006* es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que "*constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas*" señalando cual es el alcance que se le debe dar al artículo 26 de la citada ley en los siguientes términos:

> *"… para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:*
>
> 1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*

2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

> *a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
>
> *b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
>
> *c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

- *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*

- *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, **puede acreditar que se cumplió una causal objetiva**, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.*

*Por otra parte, **la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva** o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.*

*Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, **la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.”*** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones, sin que sea necesario conforme lo agregado por la citada SL1152 del 2023 la identificación de los porcentajes señalados en el artículo 7º del Decreto 2463 del 2001, para aquellos eventos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que lo fue el 10 de junio del 2011.

En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como *“i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenaros a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.*

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: “(*i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de*

tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)".

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

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

> *"…En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*
>
> *Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*
>
> ***La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.***
>
> *(…)*
>
> *Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que* ***la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte****…"* (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de

discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[2]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, **mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada POLLO ANDINO S.A. le atañe probar que la terminación no operó en virtud del estado de salud de su trabajador**, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, obra la siguiente prueba documental (Archivo 01 del expediente digital):

- Recomendaciones laborales del **14 de marzo de 2018**, expedidas por la ARL LIBERTY, por el accidente acaecido el 25 de noviembre de 2017, consistentes en (página 29, ibidem):

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

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

Luego de las intervenciones médicas realizadas a el (la) señor(a) **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE**, quien se encuentra en tratamiento integral por presentar una **enfermedad o AT** de origen laboral **(PIE DERECHO),** se requiere para evitar la progresión de su enfermedad que las siguientes recomendaciones que se emiten sean tenidas en cuenta para los fnes establecidos en los artículos 4 y 8 de la ley 776 de 2002:

1. Realizar actividades laborales en terreno plano
2. Alternar postura de pie sentado en la jornada con mayor porcentaje de postura sentado (mínimo 2 horas cada postura) en la jornada o en su defecto permitir pausas activas de 10 minutos por cada hora de trabajo en la jornada laboral para el estiramiento y reposo muscular de MMII.
3. Evitar subir y bajar escaleras o desniveles en forma continua en la jornada
4. Evitar caminatas prolongadas, correr, y saltar
5. Evitar levantamiento de cargas superiores a los 10 kg de peso.
6. Evitar actividades que requieran agacharse o hacer cunclillas
7. Las medidas generales indicadas deben extenderse al ámbito extra laboral en pro del auto cuidado.

Las presentes recomendaciones son dadas 6 SEMANAS a partir de la fecha luego de lo cual luego de las cuales puede retomar su labor habitual completa

- Luego, el **04 de mayo de 2018** la ARL LIBERTY, expidió nuevas recomendaciones laborales por el término de 4 semanas, por el accidente acaecido el 15 de noviembre de 2017, al siguiente tenor (pág. 31, ib):

Luego de las intervenciones médicas realizadas a el (la) señor(a) **NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE**, quien se encuentra en tratamiento integral por presentar una **enfermedad o AT** de origen laboral **(PIE DERECHO),** se requiere para evitar la progresión de su enfermedad que las siguientes recomendaciones que se emiten sean tenidas en cuenta para los fines establecidos en los artículos 4 y 8 de la ley 776 de 2002:

1. Realizar actividades laborales en terreno plano
2. Alternar postura de pie sentado en la jornada con mayor porcentaje de postura sentado (mínimo 2 horas cada postura) en la jornada o en su defecto permitir pausas activas de 10 minutos por cada hora de trabajo en la jornada laboral para el estiramiento y reposo muscular de MMII.
3. Evitar subir y bajar escaleras o desniveles en forma continua en la jornada
4. Evitar caminatas prolongadas, correr, y saltar
5. Evitar levantamiento de cargas superiores a los 10 kg de peso.
6. Evitar actividades que requieran agacharse o hacer cunclillas
7. Las medidas generales indicadas deben extenderse al ámbito extra laboral en pro del auto cuidado.

- Finalmente, el día **11 de octubre de 2018** la ARL LIBERTY, expidió recomendaciones laborales al demandante por 8 semanas (pág. 33, ib), así:

Cordial saludo,

Luego de las intervenciones médicas realizadas a el señor NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE quien se encuentra en tratamiento integral por presentar un accidente de origen laboral miembro inferior derecho, requiere para evitar la progresión de su enfermedad que las siguientes recomendaciones que se emiten de acuerdo con los artículos 2,4 y 8 de la ley 776 de 2002 sean tenidas en cuenta:

- ALTERANAR POSICION DE PIE Y SENTADO CADA HORA, POR 5 MINUTOS
- PUIEDE REALIZAR ACTIVIDADES QUE NO REQUIERA BIPEDESTACION PROLONGADA.
- REALIZAR CAMINATA EN TERRENO LISO, EVITAR TERRENOS IRREGULARES O EMPINADOS
- SUBIR Y BAJAR ESCALERAS 3 VEZ DURANTE EL DIA.
- HALAR, EMPUJAR O LEVANTAR CARGAS NO MAYOR A 5 KG BIMANUAL
- USO DE CALZADO COMODO Y LIVIANO
- PAUSAS ACTIVAS CADA 2 HORAS POR 5 MINUTOS
- RECOMENDACIONES VIGENTES POR 8 SEMANAS

- Dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, de fecha 25 de noviembre de 2019, por medio del cual se determinó un PCL del 12.30%. (páginas 43 a 46, ibidem).

- Formulario de dictamen para la calificación de pérdida de capacidad laboral de fecha 13 de febrero de 2019, por medio del cual la ARL LIBERTY determinó como PCL 8,68%. (páginas 35 a 41, ibidem.).

Igualmente rindió interrogatorio de parte el demandante quien indicó: "tuve accidentes laborales en la empresa, en marzo, abril y mayo de 2018 me dieron restricciones, la verdad me dieron la cuestión de restricción y tenía que mostrarlas a la empresa, me la dieron como 3 años desde que me despidieron en la empresa, no estaba incapacitado cuando me terminaron el contrato, yo no tenía que utilizar algún tipo de apoyo, el contrato no sé por qué terminó, el dictamen lo mandó la ARL a la empresa y luego me dio el dictamen a mí, la empresa ya lo tenía, no sé porque terminaron el contrato". (récord 14:18, archivo 07).

Como se puede extraer de la declaración del demandante, a la fecha de terminación del contrato no contaba con incapacidades ni recomendaciones o restricciones médicas, resaltando, solo le fueron expedidas en 3 oportunidades restricciones en vigencia de la relación laboral.

A su vez, la representante legal de la demandada expuso: ***"***Ricardo estuvo vinculado desde el 2006 a término fijo y en el 2007 cambio a indefinido, hacia septiembre de 2020 se terminó el contrato sin justa causa, tuvo un accidente en septiembre de 2017, somos una compañía avícola y tomamos el huevo, él comienza en la parte de proceso como operario, él se fracturó el píe derecho con las canastillas, eso se reportó en su momento a Mapfre, él tuvo 8,8% de PCL y luego 12,3% con la Junta Regional, él tuvo un tema sin justa causa, no estaba discapacitado y solo tenía el 12,3%". (récord 08:49 archivo 07).

De lo anterior, es claro que la encartada en efecto tuvo conocimiento de los padecimientos que aquejaron al actor ya que presentó 2 accidentes en la empresa, mismos que fueron reportados y tratados por la ARL de ese entonces, al punto de calificarse al actor con un porcentaje del 12.30%, empero, insistió, el actor al momento del despido e incluso, mucho antes no tenía padecimientos alguno.

Finalmente, se recepcionaron las declaraciones de las señoras **DIANA MILENA SARAY SUAREZ** y **DIANA SOLEY ARIAS TORRES,** quienes indicaron, respectivamente:

> ***DIANA MILENA SARAY SUAREZ, récord 24:00, archivo 07: "****Laboro hace 7 años y soy encargada de SGSST, conocí a Ricardo, él tuvo un accidente el 30 de junio de 2016, se golpeó con una carretilla el pie izquierdo inicialmente, él tuvo incapacidades y retoma labores con recomendaciones, en el 11 de noviembre de 2017 tuvo otro accidente y tuvo fractura e incapacidades y restricciones, tuvo el 8% de PCL y finalmente el 12.3%, el contrato terminó porque la empresa estaba pasando por una reestructuración, hay un tema de procesos, se cerraron procesos y locales, se despidieron 110 trabajadores en el tema de reorganización, se pagaron todas las prestaciones e incluida la indemnización por despido, las recomendaciones fue de mayo de 2018 la última restricciones, él tuvo vigencia de 3 a 4 meses, s ele dio el espacio para su mejoría, él presentó incapacidades pero por gripa no por su sintomatología inicial, el trabajador no presentaba recomendaciones, limitaciones o que no pudiera desempeñar su tarea, la ARL le dio una PCL y le hizo un reconocimiento económico, digamos que en las notificaciones de la Junta Regional o ARL no se indica que haya tenido una enfermedad degenerativa, él no presentaba recomendaciones a la terminación, no necesitaba ayuda de terceros".*
>
> ***DIANA SOLEY ARIAS TORRES, récord 38:40, archivo 07:*** *"Soy jefe de calidad, soy ingeniera de alimentos, estoy desde el 17 de marzo de 2017, mi relación con Ricardo comenzó en el 2018 cuando por instrucción del área de Seguridad y Salud en el Trabajo me indica que se debe reubicar debido a una fractura del 2017, me dijeron que debía estará en el área de tinas por su salud, él debía recibir las tinas, tenía una velocidad no tan rápida, él tenía una silla, podía descansar, había momentos que debía parar, Ricardo nos ayudaba con eso, luego se acabaron las restricciones, las restricciones las entregó la ARL y las notificó Diana Saray, eran por 4 meses, su PCL es del 12%, el contrato terminó en septiembre de 2020, antes de retirar al trabajador se revisa la salud, que no tenga incapacidad, se mira el estado psicológico y motor y que no tenga restricciones para ese año, desde octubre del año anterior veníamos en un ahorro estricto porque el pollo que es nuestra materia prima, se vio afectado, habían sobre costos, la empresa comenzó una reestructuración, hubo cierres de ventas y centros de distribución., por eso se sacó personal, transportadores, chicas de ventas, administrativo, los pollos o el huevo se pudo vender, en octubre de 2019 éramos como 2100 y luego se disminuyeron los contratos en la empresa, incluso con personal de aseo, no fue mala fe, eso ocurrió porque toco cerrar en surti mayoristas, se cerraron centros de venta, en la pandemia empezaron con más ajustes, de hecho el huevo tocó dejarlos y venderlos en panadería porque no había para darles alimento a los pollitos, en diciembre se empezaron a reducir so contratos, el INVIMA nos revisa limpieza por eso el personal de limpieza debe ser especial por la calidad y aseo, se nos dificultaba tener la nómina le vendíamos a justo y bueno y ellos no pagaron así como los comedores de Compensar, no teníamos la cantidad de producto que se necesitaba, la empresa empezó a ajustar los procesos para mantener el negocio, el estado de salud a la fecha de terminación cuando tiene una condición de salud o trabajo se le comunica al feje inmediato y a mí no me habían notificado ninguna condición, tampoco le notificaron al supervisor o cualquier otro trabajador, siempre se revisa que el trabajador esté bien, es más siempre se le hace el examen de egreso y se remite a desarrollo humano, él no necesitaba ayuda de terceros para desempeñar las labores, no notificaron ningún documento similar, en el 2018 fue la última vez que presentó restricciones, no conozco más, no tengo conocimiento del 11 de octubre de 2018, solo sé los de mayo en actividades de aseo".*

Las anteriores declaraciones permiten corroborar, como arriba se anotó, el señor NILO RICARDO presentó 2 accidentes de trabajo y por ende se vio afectado en el pie derecho e izquierdo, al punto de ser sujeto de recomendaciones laborales por

parte de la ARL LIBERTY, habiendo la empresa acatado las mismas, pues de este hecho dio fe la deponente DIANA SOLEY ARIAS TORRES, quien al fungir como jefe inmediata conocía de antemano las directrices impartidas por el área de seguridad y salud en el trabajo con relación al actor, declarando que el señor NILO RICARDO fue trasladado de área de – tinas-, tenía una silla y podía descansar, permitiendo concluir que la empresa mientras el actor comunicó las dolencias e instrucciones médicas las cumplió y facilitó al actor la prestación del servicio sin que se viera deteriorada su salud. Para esta Sala las anteriores declaraciones brindan credibilidad al ser espontaneas y narrar los hechos que les constaba, básicamente, permitieron esclarecer las condiciones de salud del actor en el 2018 y al finalizar el contrato en el 2020, no teniendo conocimiento ninguna declarante sobre incapacidades, recomendaciones o alguna barrera que se presentara con el actor o condición de salud.

De esta forma, de los anteriores medios de prueba, a juicio de esta Sala y como bien lo consideró el juez de primer grado, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (26 de septiembre de 2020) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de **disminución de sus facultades producida por sus padecimientos de salud que lo colocaran en condición de discapacidad,** sumado a que no se probó que sus padecimientos de salud generaran la existencia de una barrera que le impidió al trabajador "*el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás*", esto es, alguna de tipo actitudinal, comunicativa o física (en los términos de la sentencia SL1152 de 2023).

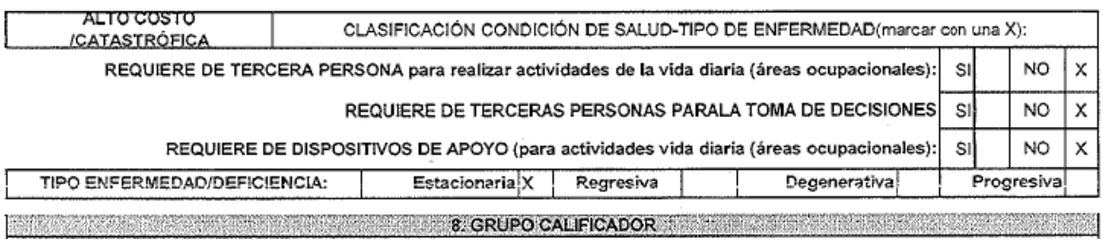
Advirtiéndose, si bien el accionante posee una PCL del 12.30% estructurada desde el 1º de febrero de 2019 no se acreditó que la misma hubiese generado una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas como OPERADOR DE LOGISTICA. Al punto, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades **extendidas a lo largo del tiempo,** solo por el breve lapso ya señalado atrás, de las que se pueda inferir que no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reafirma "*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*"[3]. Puntualmente y siendo punto de reparo por el recurrente, se advierte, las 3 recomendaciones laborales que le

[3] SL 12998-2017.

fueron expedidas al actor datan del 14 de marzo de 2018 por el término de 6 semanas, 04 de mayo de 2018 por 4 semanas y las últimas 11 de octubre de 2018 por 8 semanas, de manera que, no se puede verificar o constatar medicamente que el señor NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE, no podía realizar las actividades propias de cargo para el cual fue contratado, nótese, las recomendaciones consistieron en realizar actividades en terreno plano, alternar postura de pie sentado, evitar subir y bajar escaleras, evitar caminatas prolongadas, evitar actividades que requieran agacharse o hacer cunclillas, uso de calzado cómodo y liviano, mismas que se hicieron extensivas al ámbito extra laboral.

Igualmente, el dictamen practicado al actor por parte de la ARL Liberty procedió a valorar al actor por el diagnóstico de Esguinces y torceduras del tobillo y fractura de hueso metatarso, encontrando que pese a las deficiencias halladas que ascendieron a 12.30%, el demandante no necesitaba de terceras personas para hacer las tareas diarias, ni para la toma de decisiones, así como no requirió de dispositivos de apoyo para realizar actividades diarias, pese a la lesión. Aunado a que el diagnostico no tiene el carácter de degenerativo sino estacionaria.

Ver imagen – pág. 41, ibidem:



ALTO COSTO /CATASTRÓFICA	CLASIFICACIÓN CONDICIÓN DE SALUD-TIPO DE ENFERMEDAD(marcar con una X):							
REQUIERE DE TERCERA PERSONA para realizar actividades de la vida diaria (áreas ocupacionales):						SI		NO	X
REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARALA TOMA DE DECISIONES						SI		NO	X
REQUIERE DE DISPOSITIVOS DE APOYO (para actividades vida diaria (áreas ocupacionales):						SI		NO	X
TIPO ENFERMEDAD/DEFICIENCIA:	Estacionaria	X	Regresiva		Degenerativa		Progresiva		
8. GRUPO CALIFICADOR									

Igualmente, la pericia practicada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 25 de noviembre de 2019 logra destacar que el actor en efecto presentó 2 accidentes de trabajo, siendo estos, el 30 de junio de 2016 y 16 de noviembre de 2017, siendo remitido a fisiatría por esguinces y torceduras del tobillo, fractura del hueso metatarso, patología enmarcada dentro del accidente de trabajo, no obstante, pese a dicho suceso no se encuentra una disminución en la capacidad laboral del demandante frente a las funciones que debía realizar en Pollo Andino S.A., pues si bien fue reubicado como lo manifestó la testigo DIANA SOLEY ARIAS TORRES, lo cierto es que al culminar las restricciones el demandante comenzó a realizar otras actividades y nada dijo al respecto o por lo menos no puso en conocimiento de la empresa alguna dolencia que lo aquejara, es más, no se aportó incapacidad posterior, relacionada con dicho diagnóstico.

De tal forma, enfatiza la Sala, ninguno de los medios de prueba de los incorporados al plenario acredita que el señor NILO RICARDO TRUJILLO ALAPE tenía una afectación de salud**, a la fecha de terminación del contrato de trabajo,** que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en "*condiciones regulares*"[4], ante la inexistencia se itera de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades, recomendaciones, afectación psicológica, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor, se itera, las ultima restricciones médico laborales que expidió la ARL LIBERTY el 11 de octubre de 2018 lo fue por el término de 8 semanas.

Igualmente, en consonancia con lo considerado por la H. Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL1153 del 2023 en el presente asunto a la demandada POLLO ANDINO S.A. pese a los padecimientos de salud del promotor del litigio (Esguinces y torceduras del tobillo y fractura de hueso metatarso, página 44. ibidem) no le era posible efectuar ajustes razonables en el trabajo del accionante, entendidos estos como "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (Art 2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), en tanto como ya se ha señalado no se acreditó que el actor **NO** hubiese podido desempeñar su labor de forma normal.

Así las cosas, las circunstancias aquí narradas derivan en la inaplicabilidad de la mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección de dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras porque como quedó analizado, para ese momento (26 de septiembre de 2020) el demandante no se encontraba en un estado de **debilidad manifiesta** o en una **disminución suficiente en su salud** que le impidiera o dificultara desempeñar su trabajo.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 572 de 2021, en donde expuso:

[4] Corte Constitucional T-041 de 2019.

> *"Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores,* ***no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente****, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.*
>
> *Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.". (Negrilla fuera del texto).*

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral del demandante corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud del actor, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada.

Igualmente, es pertinente anotar que el anhelo que antecede resuelve la petición dirigida al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no encontrarse vulneración alguna que merezca un estado de protección.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada POLLO ANDINO S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 3º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del 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 la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas en favor de las demandadas, 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 JOSÉ FRANCISCO PALACIO GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 04 2022 00464 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 4º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de agosto de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 52:03),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de JOSÉ FRANCISCO PALACIO GARCIA a la AFP PORVENIR, suscrita en febrero de 1998, En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes a lo señalado en el punto anterior.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.*
>
> ***SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.".*

Inconforme con la decisión, PORVENIR presentó recurso de apelación[1] de manera parcial, en lo que respecta al numeral 2º de la sentencia, puntualmente, frente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones. Al respecto, explicó, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de

---

[1] ***Recurso PORVENIR (Récord: 53:45, archivo 21):** "Gracias, su Señoría, de manera muy respetuosa, presento recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho, solo en lo que respecta al numeral segundo, en lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos:*

Señores Magistrados teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar esa rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, pues, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de estos demandantes, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el Régimen de Prima Media.

De manera ilustrativa, señor Magistrados, quisiera mencionarles que varios Tribunales del territorio nacional han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentencia del 21 de junio del año 2022, el proceso Ordinario Laboral promovido por Felisa León Poveda con radicación 2021-111 y también en sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el Tribunal Superior de Cali en proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo regalado González, con radicación 2022-234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de estos rendimientos financieros de sus afiliados a Colpensiones compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar.

Por lo tanto, señores magistrados, ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero y sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto sin duda alguna y sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática, se hace evidente conforme la documental aportada por mi representada que los rendimientos financieros que obtuvo este demandante por la correcta gestión administrativa que realizó mi representada a partir de este acto jurídico que celebró con este demandante, con plenos efectos con creces, superan esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales.
Por lo anterior, de manera muy respetuosa, se solicita a los Honorables Magistrados revocar de manera parcial la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada, muchas gracias.".

garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, siendo incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, no se ha visto afectada por el fenómeno inflacionario, por el contrario, ha generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar en el Régimen de Prima Media.

De manera ilustrativa, mencionó, en pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca, sentencia del 21 de junio del año 2022, proceso ordinario laboral promovido por Felisa León Poveda con radicación No. 2021-111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el Tribunal Superior de Cali en proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo González, con radicación No. 2022-234, se consideró que el traslado de estos rendimientos financieros de los afiliados a Colpensiones compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar.

Por lo tanto, expresó, ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero es sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto, sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática, se hace evidente conforme la documental aportada que los rendimientos financieros que obtuvo el demandante por la correcta gestión administrativa que realizó la AFP a partir de este acto jurídico que celebró con el demandante, con plenos efectos con creces, superan la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales.

Por su parte, COLPENSIONES, exteriorizó[2], el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que este

---

[2] ***Recurso Colpensiones (récord, 55:38, archivo 21):*** *"Su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho para que el Tribunal Superior de Bogotá la estudie teniendo en cuenta los siguientes argumentos, en primer lugar, pues esta apoderada no se encuentra conforme con la decisión, dado que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que este suscribió y firmó formulario de afiliación y no se evidencia ningún vicio del consentimiento, además de esto, el demandante permaneció dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por más de 15 años y aceptando las condiciones que trae el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

Por otro lado, pues tampoco se puede efectuar el retorno al Régimen de Prima Media, en virtud de que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, en la que se señala que una persona no puede trasladarse de Régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse y en ese orden de

suscribió y firmó formulario de afiliación y no se evidencia ningún vicio del consentimiento, además, el demandante permaneció dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por más de 15 años y aceptó las condiciones que trae el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otro lado, tampoco se puede efectuar el retorno al Régimen de Prima Media, en virtud de que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, la cual señala que una persona no puede trasladarse de Régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse y en ese orden de ideas, el demandante ya cuenta o está próximo a cumplir la edad para pensionarse, por lo tanto, no puede retornar al Régimen de Prima Media.

Asimismo, se evidencia en este asunto negligencia del demandante, dado que éste solo se preocupó de su futuro pensional cuando ya estaba próximo a pensionarse, y no antes de que dicha situación acarreara consecuencias. En lo que respecta al deber de información, en su sentir, debió ser probado por el demandante y asimismo debe tenerse presente que la información que se le otorgó al actor en el momento en que realizó su traslado se hizo de conformidad con la normatividad vigente, por lo tanto, no puede endilgarse ninguna

---

ideas, pues el demandante ya cuenta o está próximo a cumplir la edad para pensionarse, por lo tanto, pues no puede retornar al Régimen de Prima Media.

Asimismo, pues como ya se había manifestado, lo que se evidencia en este presente asunto es negligencia por parte del demandante, dado que este solo se preocupa de su futuro pensional cuando ya estaba próximo a pensionarse, y no antes de que dicha situación acarreara consecuencias.

Ahora bien, en lo que respecta al deber de información, se debe indicar que este debió ser probado por el demandante y asimismo debe tenerse presente que la información que se le otorgó al demandante en el momento de que realizó su traslado se hizo de conformidad con la normatividad vigente, por lo tanto, pues no puede endilgársele ninguna responsabilidad a Colpensiones, dado que esta no tuvo injerencia alguna en la información que fue suministrada en dicha época y finalmente, pues tampoco habría lugar a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media, dado que se estaría yendo en contravía del principio de sostenibilidad financiera, eso de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que al recibir al demandante como afiliado se estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social, si bien se reciben todos los aportes que efectuó el demandante en la cuenta individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a futuro para Colpensiones, no es rentable financiar una prestación de una persona que no ha estado vinculada a este régimen por más de 15 años, dejando en desventaja a los afiliados, del régimen común, que sí han efectuado sus cotizaciones a este Régimen. Por lo tanto, pues, solicito el despacho, se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones.".

responsabilidad a Colpensiones, dado que ésta no tuvo injerencia alguna en la información que fue suministrada en dicha época.

Finalmente narró, tampoco hay lugar a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media, dado que se estaría yendo en contravía del principio de sostenibilidad financiera, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que al recibir al demandante como afiliado se estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social, si bien se reciben todos los aportes que efectuó el demandante en la cuenta individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para Colpensiones, no es rentable financiar una prestación de una persona que no ha estado vinculada a este régimen por más de 15 años, dejando en desventaja a los afiliados del régimen común, que sí han efectuado sus cotizaciones a este Régimen.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 4 a 6 del archivo "01DemandayAnexos", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Página 3, ibidem),* aspirando:

> **1.** Que se **DECLARE LA INEFICACIA** de la afiliación en pensiones de señor **JOSE FRANCISCO PALACIO GARCIA**, al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida RAIS, efectuada mediante formulario de fecha 06 de febrero 1998 hacia la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, fondo donde actualmente permanece afiliado.
>
> **2.** Que, como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a trasladar al señor **JOSE FRANCISCO PALACIO GARCIA**, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**
>
> **3.** Que se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al señor **JOSE FRANCISCO PALACIO GARCIA.**
>
> **4.** Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
>
> **5.** Lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ FRANCISCO PALACIO GARCIA a la AFP PORVENIR, suscrita en febrero de 1998, se declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, se condenó a PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, resaltándose, al momento de cumplirse esta orden, 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, orden que deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria, se ordenó a COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes y se condenó en costas a PORVENIR. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

[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".*

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 14 de diciembre de 1961 *(Página 16, Archivo "01DemandayAnexos" expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumpliría en el año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el día 06 de julio de 2022 *(Páginas 20 a 23, Archivo "01DemandayAnexos" expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-[4] (*del 29/10/1991 al 30/03/1994 cotizó 148,29 semanas),* por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 291,39 semanas (*archivo 12, carpeta expediente administrativo*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 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, la fecha de solicitud se realizó el **06 de febrero de 1998 (***página 64, archivo 01)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

4

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2022
ACTUALIZADO A: 22 noviembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**14/12/1961**
Número de Documento:	**8718570**	Fecha Afiliación:	**09/07/1991**
Nombre:	**JOSE FRANCISCO PALACIO GARCIA**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CALLE 90 # 60-14**	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
17016104796	CENTRAL DE HIERROS L	19/02/1988	22/12/1990	$47.370	148,29	0,00	0,00	148,29
17018201338	ADMITE LTDA	09/07/1991	01/11/1991	$54.630	16,57	0,00	0,00	16,57
17018201337	SGS COLOMBIA S.A.	29/10/1991	31/12/1994	$98.700	165,71	0,00	0,57	165,14
860049921	S G S COLOMBIA S A	01/01/1995	31/01/1995	$139.994	4,29	0,00	0,00	4,29

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020.*

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], 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.

"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

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*

---

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

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

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

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

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

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

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1998 llegó la asesora de Porvenir e hizo una reunión y explicó que el extinto ISS se iban acabar y que Porvenir era una buena opción, razón por la cual decidió

[7] ***Interrogatorio Demandante, récord 12:00, archivo 20:*** *"nos fueron a visitar a la empresa y dijeron que el ISS se iba a acabar, que quedaríamos sin respaldo, nos dijeron que cuando se cumpliera la edad nos devolverían el dinero, pero yo fue a mirar y no era así, eso fue en 1998, no me explicaron más, dijeron que se acabaría y que quebrarían, tocaba si o si pasarnos de fondo, sobre rendimientos no dijeron nada, no me enteré como iba hacer, sobre aportes voluntarios, pensión de vejez no sabía cómo era, no sabía el monto a tener, lo que si me enteré es que uno debe tener 1300 semanas, no me explicaron sobre la garantía de pensión mínima, no me acerqué al fondo privado, no sabía que el ISS pasaría a Colpensiones, no sabía sobre el traslado de aportes, con Porvenir me comuniqué cuando revisé la hoja de vida de la empresa, los extractos si llegan, en 1998 no me explicaron sobre los cobros de seguros, me quiero trasladar a Colpensiones porque me di cuenta y pensé que podía salir pensionado pero cuando me di cuenta la mesada es de 1 salario mínimo, por eso estoy usando esta vía para pasarme a Colpensiones, si ellos me explicaran a mí sería diferente, yo pedí a Porvenir la cita y fui y me di cuenta lo que me estaban ofreciendo, por eso decidí trasladarme, yo sigo cotizando".*

trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

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 *(pág. 64 Archivo "01DemandayAnexos.pdf" y página 78, archivo "10ContestaPorvenir.pdf),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones 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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 06 de febrero de 1998),** 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, en punto al recurso de apelación de COLPENSIONES, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo, a lo que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de Decisión se permite señalar, 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 PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el *a quo* en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No obstante, debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar, adicional a lo anterior, las **comisiones** debidamente **indexadas.**

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."***

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

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

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada,*

> *puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real." (Negrillas de la Sala).*

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor." (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

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

Ahora bien, 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).

Igualmente, sea del caso advertir a PORVENIR en punto a cada 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[8] propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo "07ContestaColpensiones" expediente digital, página 20 a 21*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

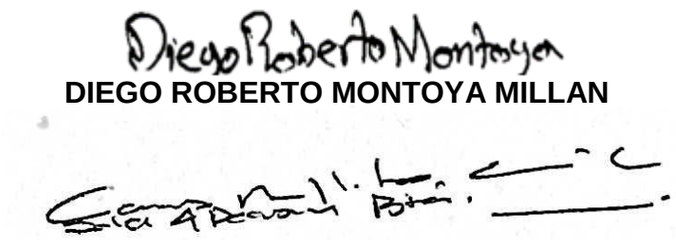
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado**,** al igual que devolver las **comisiones** debidamente **indexadas**, conforme a lo considerado.

[8] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 08 de agosto de 2023, archivo 17 del expediente digital.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, 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 DIOSILDE ROJAS RIVERA CONTRA COLPENSIONES y GLORIA PEÑA AMEZQUITA acumulado[1] con el proceso No. 11 2018 00041 de EDILSEN ANGARITA PAIPA contra COLPENSIONES y GLORIA PEÑA AMEZQUITA (RAD. 05 2018 00026 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las demandantes **MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA** y **EDILSEN ANGARITA PAIPA**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio del 2022 (*Audio Archivo 37 expediente digital, record:1:42:16*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones instauradas por las señoras MARÍA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA, dejando incólume el derecho pensional ya reconocido a favor de la señora GLORIA PEÑA AMEZQUITA.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** a cargo de la señora MARÍA DIOSILDE ROJAS RIVERA, dos salarios mínimos a favor de GLORIA PEÑA AMEZQUITA y dos salarios*

[1] Mediante auto del 2 de junio del 2021 el Juzgado 5 laboral del Circuito ordenó la acumulación del proceso No. 11 2018 00041 al proceso 05 2018 00026 en atención a que es el más antiguo y se notificó a la demandada Colpensiones el 21 de febrero del 2018 (Archivo 27 expediente digital)

> *mínimos a favor de COLPENSIONES, costas estas que se incluyen como agencias en derecho.*
> *Igualmente, costas a cargo de EDILSEN ANGARITA PAIPA, inclúyase como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos a favor de GLORIA PEÑA AMEZQUITA y dos salarios mínimos a favor de COLPENSIONES.*
>
> ***CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de las señoras. MARÍA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA.**”.***

Inconforme con la decisión como ya se indicó las demandantes interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos.

MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA indicó en su recurso que de conformidad con el acervo probatorio y la contestación de la demanda se puede establecer que sí tiene derecho a la sustitución pensional pues se presentó una convivencia en unión marital de hecho con el pensionado fallecido, generándose entre ellos una relación de socorro y ayuda mutua, y no solamente una relación de carácter sentimental como erróneamente el despacho lo conceptualizó, lo cual en su sentir se demuestra con la certificación emitida por la Nueva EPS en donde se establece la calidad de beneficiaria como cónyuge, situación que se configuró desde el año 2008 hasta el 2015, sin que pueda el despacho concluir que esto no genera *per se* una convivencia, pues no es lógico que se mantenga afiliada a una persona desde el 2008 hasta 2015.

Expresa si bien la señora Gloria fungió como cónyuge en un momento de la vida del señor Rodríguez, esta condición terminó para el año 1997 de acuerdo a las sentencias aportadas al proceso, las cuales están debidamente incorporadas, lo que implica que al momento del fallecimiento existía cesación de efectos civiles, indicando no hubo continuidad después del matrimonio de una convivencia, sumado a que la señora Gloria luego del divorcio nunca volvió a convivir con el fallecido y para el momento de su deceso fungía como compañera permanente del señor Gustavo Pérez, persona que no pudo establecer que periodos presuntamente laboró con la demandada, para con ello entender que su afiliación a salud era por aspectos laborales, de modo que a su parecer se debe concluir que efectivamente la demandada mantenía una convivencia en unión marital de tiempo atrás con el señor Pérez y como consecuencia no funge ni como cónyuge ni como compañera del señor Néstor.

Indica que el Registro Civil de matrimonio debió contener la nota marginal de divorcio, lo que demuestra a todas luces que la señora Gloria Peña quiso engañar y defraudar al sistema solicitando un derecho el que no tenía.
Manifiesta si lo que se pretendía demostrar era alguna calidad distinta como la de compañera permanente que es lo que se reconoce por parte del despacho, debió solicitar la pensión de sobrevivientes como compañera permanente cuyos requisitos son distintos, lo cual no se hizo en esos términos, precisando las únicas declaraciones que se han tenido como motivación de la sentencia son la de los hijos y la de la hermana del señor Néstor, las cuales siempre van a estar a favor de la demandada porque son sus hijos, solicitando al superior que evalúe con mayor rigurosidad los testimonios que fueron rendidos por los hijos de la señora Gloria.

Advierte que el testimonio de Maria Nuris no puede tenerse en cuenta por cuanto si bien señaló que le constaba la convivencia del de cujus con la señora Gloria hasta su fallecimiento, en el proceso del divorcio también fue testigo y allí dijo que la demandada había abandonado el hogar y que no convivían.

Precisa que tal demandada no puede pretender que se crea que ella nunca dejo de convivir con el causante pues reitera que desde el 2008 la señora Maria Diosilde es afiliada en salud como beneficiaria y en calidad de compañera permanente del pensionado, advirtiendo sí existió una convivencia en la casa de dicha demandante conforme lo declarado por los testigos Oliveiro y Miguel, solicitando revocar la decisión y conceder todas y cada una de las pretensiones. *(Audio Archivo 37 expediente digital, record:1:43:35*[2])

[2] **APODERADA DEMANDANTE MARÍA ROJAS:** Sí su señoría, me permito presentar recurso de reposición y en subsidio apelación, por parte de la sentencia que usted acaba de proferir, me permito ratificarme del recurso de acuerdo con los alegatos presentados, sin embargo, pues a efectos de que quede consignado voy a hacer un resumen de los mismos, agregando unos apartes pues que fueron evidenciados en las consideraciones de su sentencia, entonces me permito presentar el recurso de reposición y en subsidio apelación de la siguiente forma:

Me mantengo en que de conformidad con el acervo probatorio y la contestación de la demanda se puede establecer que mi poderdante sí tiene derecho a la sustitución pensional que le corresponde por su compañero permanente, el señor Néstor Rodríguez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 100 de la Ley 93 en su artículo 47, modificado por la 797 de 2003, sí es claro, distinto a como lo manifestó el despacho que entre el señor Néstor Rodríguez y la señora María Diosilde se presentó una convivencia en unión marital de hecho, generándose entre ellos una relación de socorro y ayuda mutua y no solamente una relación de carácter sentimental como erróneamente el despacho lo conceptualizó, pues así se demuestra, toda vez que existe una certificación emitida por Nueva EPS a fin de determinar la calidad de beneficiaria como cónyuge, situación que se configuró desde el año 2008 hasta el 2015, no puede el despacho concluir que esto no genera perse una convivencia, pues no es lógico que una persona mantenga afiliada a una persona desde el 2008 hasta 2015, argumentándose una presunta relación laboral cuando la misma quedo establecida presuntamente se terminó

para el año 2003, entonces no entiende la parte demandante como se establecen o bajo qué razones se establece el resto del período que se mantuvo la afiliación de la señora María Diosilde Rojas Rivera.

Se tiene que si bien es cierto la señora Gloria fungió como cónyuge en un momento de la vida del señor Rodríguez, esta condición en sí misma terminó para el año 1997, de acuerdo a las sentencias aportadas al proceso, las cuales están debidamente incorporadas, lo que implica que al momento del fallecimiento existía cesación de efectos civiles, ahora el juez en sus argumentos con sus consideraciones trae la figura de la perspectiva de género, si bien se evidencia de acuerdo a lo manifestado por la misma señora gloria, que se presentó una presunta violencia entre el señor o mejor generada por el señor Néstor y pues en la persona de la señora Gloria, esta cesó tal como como se manifestó por el divorcio que se suscitó entre los esposos, no hubo continuidad después del matrimonio de una convivencia, entonces no se pueden traer derechos que terminaron o quedaron sin efectos desde el año 1997, si en ese momento hubiese ocurrido ejemplo la muerte del señor Néstor y encontrándose la cesación de los efectos, se hubiese podido traer al día de hoy dicha sentencia que se argumenta, pero esos hechos que causan la perspectiva de género no se presentaron después de 1997, pues la pareja dejó de convivir.

Ahora bien, en aras de demostrar que la señora Gloria luego del divorcio nunca volvió a convivir con el mismo, se debe tener en cuenta que al momento del fallecimiento la citada funge como compañera permanente del señor Gustavo Pérez, en las consideraciones del ad quo se tiene que solamente se aportaron dos certificaciones de SISBEN y que en ninguna parte dice que es compañera permanente, pero lo que el despacho no tuvo en cuenta es que la ficha del SISBEN tiene el mismo número, además la señora gloria acepta que lo afilió como compañero permanente y si se está compulsando copias, porque ella misma dice que dijo mentiras que inventó, que falsificó que era el compañero, que se puede deprecar que hoy no esté haciendo lo mismo y faltando la verdad diciendo que no era compañero permanente cuando efectivamente sí se presenta dicha circunstancia.

Este documento fue aportado con el libelo de la demanda y el mismo no fue tachado como falso, por lo que se le debe dar el valor probatorio, se demuestra una calidad que aparece entre los citados en la ficha del SISBEN y es que no se trata de que la señora Peña y el señor Pérez solo aparezcan afiliados y registrados, sino que los mismos hacen parte de un mismo grupo familiar, el figurando como cabeza de familia y el otro como cónyuge, sin que haya lugar a que los demandados en especial la señora Peña niegue la veracidad relacionado con aspectos laborales que tampoco se pudieron probar, es que el despacho no tiene en cuenta que el señor Pérez no pudo establecer qué periodos presuntamente laboró, entonces no se explica la suscrita cómo se determina que esa presunta afiliación era por aspectos laborales, cuando el directamente implicado no sabe dar respuesta de cuándo trabajo, entonces se evidencia el actuar doloso y de mala fe de la señora Gloria Peña y el señor Gustavo, al tratar de desvirtuar dicha unión que sí existió con argumentos que contrarían la verdad, vuelve y se insiste aduciendo una relación laboral y la presunta convivencia del señor Pérez con la señora Doris Pérez trayendo al proceso declaraciones y certificaciones falsas, se debe poner de presente que como es de su conocimiento para este tipo de afiliaciones no basta solicitar que se cuenta con el deseo de afiliar a una persona, sino que se deben aportar documentos a través de los cuales se verifique la calidad de cónyuges o compañeros, en este sentido la aquí demandada al momento de solicitar la afiliación presentó declaraciones en las cuales manifestaba su convivencia con el señor Pérez y lo cierto es que cuando se realizan las visitas por parte de los funcionarios del programa de SISBEN, las mismas se hacen en el hogar de los solicitantes que para el caso de los citados señores convivían y esto es en el municipio de Yopal y es que si tales presupuestos no se hubiesen cumplido la ficha técnica no existiría, de lo anterior se puede concluir que efectivamente la demandada mantenía una convivencia en unión marital de tiempo atrás con el señor Pérez y como consecuencia no funge ni como cónyuge ni como compañera del señor Néstor.

Se debe valorar la mala fe que siempre ha tenido la demandada en su actuar, pues no es dable bajo ninguna circunstancia que al momento del fallecimiento la citada dolosamente haya presentado documentos que la acreditaban como cónyuge, no es cierto que ella no sepa de la existencia del proceso, nótese cómo ese proceso tiene una segunda instancia es increíble para la suscrita que de cursar un proceso promovido por ella misma, no se haya esperado, no se haya preguntado a la abogada en ese momento cuál había sido la resulta de ese proceso, para hoy en el proceso venir a manifestar bajo la gravedad del juramento que ella desconocía esa sentencia, entonces la misma presenta un Registro Civil de matrimonio, el cual debió contener la nota marginal de divorcio, ella debió inscribir esa sentencia y es que para la presentación de la reclamación y la sentencia de divorcio no habían transcurrido ni uno, ni dos, ni tres años, sino 18 años, lo que demuestra a todas luces que la señora Peña quiso engañar y defraudar al sistema solicitando un derecho el que no tenía.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que al momento de la visita administrativa, la señora no informó a los funcionarios, sino que por el contrario utilizó su rol de exesposa, esta tenía por supuesto ingreso a la dirección o al inmueble donde vivía el señor Néstor, porque sus hijos vivían en ese lugar, así logró reunir los elementos llevando a inducir a error a la hoy demandada Colpensiones, no se tiene en cuenta que desde el

momento de la presentación de la reclamación por parte de mi poderdante se allega sentencia de divorcio, se pone en conocimiento de la situación y la administradora no toma en cuenta esto.

Ahora bien, si lo que se pretendía demostrar era alguna calidad distinta, ejemplo, una compañera permanente que es lo que hoy se reconoce por parte del despacho, porque tal como lo manifestó el ad quo se determinó que hubo una sentencia de divorcio, entonces se trae una nueva figura bajo la cual la señora Gloria debió solicitar la pensión de sobrevivientes, esto es como compañera permanente y los requisitos son distintos, entonces en el momento en el que ella presentó la reclamación debió dar cuenta de esto y no lo hizo y hoy encontrándonos en la litis se pretende hacer valer tal hecho aportando declaraciones, certificaciones y testimonios que faltan a la verdad, si bien es cierto no se decretaron las tachas solicitadas, pues no se encontró que hubiese una parcialidad, debe tenerse en cuenta que en todo caso las únicas declaraciones que se han tenido como motivación de la sentencias son de los hijos y de la hermana del señor Néstor, es claro que siempre van a estar a favor de la demandante porque son sus hijos, sin embargo, pues no se concluyó o no se determinó esa parcialidad, con lo cual me encuentro en desacuerdo y por eso le solicito al superior que evalúe con mayor rigurosidad los testimonios que fueron rendidos por los hijos de la señora Gloria.

Ahora bien, se presentan unas certificaciones denominadas la Asociación Universal Astral del Oriente del Supremo Dios, entidad esta que no contiene ningún carácter legal que le permita aseverar la calidad jurídica en aspectos de estado civil para determinar que la señora Peña y el causante fueran cónyuges hasta el día del fallecimiento del mismo, se evidencia en declaraciones extra procesos que demuestran su falsedad, pues por ejemplo la señora María Nuris manifiesta que le consta bajo la gravedad del juramento que entre los ya citados se había generado un vínculo y hasta el fallecimiento del causante, omitiendo que ella dentro del proceso de divorcio fue testigo de la señora Peña y el despacho no tiene en cuenta dicha circunstancia, ella dentro de esa declaración en el proceso de divorcio, manifestó que se había abandonado el hogar, que no convivían y hoy viene a decir al proceso que era una pareja perfecta, que convivían, que nunca hubo separaciones y ella misma en ese momento 1996 -1997 da cuenta de ello y hoy no se hace mención de absolutamente nada de ese tema.

Sumado a lo anterior en declaraciones extra proceso que se aportaron rendidas por la señora Doris Pérez Alarcón, manifiesta que funge como compañera del señor Gustavo, situación que se logra desvirtuar con lo aducido anteriormente en lo relacionado con la ficha técnica, además existe cierta sospecha de porque hoy esta persona que había sido llamada como testigo no se presenta, la demandada Gloria Peña dice que de un momento para otro no supo de ella, situación que es sospechosa para la suscrita, entonces lo que sí se demuestra es nuevamente un falso testimonio de la mayoría de las declaraciones que se aportaron, en igual sentido, configuran una posible comisión de un delito, se debe tener en cuenta los testimonios como ya lo mencioné de los señores Juan Miguel Rodríguez y Olger Sídney, pues afirman que sus padres nunca se divorciaron y lo cierto es que de la sentencia se desprende que incluso ellos fueron deponentes dentro del mismo, así se evidencia nuevamente el falso testimonio, situación que debe ser considerada, toda vez de que antes que se escuchara los mismos se puso de presente la tacha, tacha que no fue tenida en cuenta aun cuando sí se evidencio la parcialidad de estos frente a la demandada.

Si bien es cierto que con la contestación se aportó declaración extra proceso del 2009, suscrita por el señor Pedraza, donde afirmó que ella era su esposa legítima, debe advertirse que tal manifestación no configura dicha calidad, lo cual se avala de distinta forma, ahora el ad quo tiene o más bien manifiesta que no se le da credibilidad a esas declaraciones porque el señor Pedraza suscribió varias, pero sí se le sigue dando esa prueba con certeza de las declaraciones que sí en este momento está rindiendo tanto la demandada como los testigos, la demandada no puede pretender que se crea que ella nunca dejo de convivir con el señor Pedraza, pues quien figura desde el año 2008 como beneficiaria del señor Néstor es mi representada, no entiende la suscrita como si la señora Gloria siguió fungiendo como compañera permanente del señor Néstor convivía con él bajo el mismo techo, bajo el mismo lecho, aceptó que la señora María Diosilde estuviera afiliada desde el año 2008 hasta el 2015 bajo una supuesta relación laboral que terminó desde el 2003, entonces los años posteriores no entiende la suscrita cómo es aceptada por la señora Gloria, esta y otras preguntas como por ejemplo por qué si la demandada convivía con el causante, aceptó que la beneficiaria fuera la señora María y que si esta convivía con el señor Pedraza, por qué este rindió sendas declaraciones donde reconocía a mi poderdante como compañera permanente, no puede el despacho entender que solamente se creó entre mi poderdante y el señor Néstor una relación sentimental tal como lo estableció, sino que se desprende que de esa relación hubo una convivencia, los testigos Olivero y Miguel fueron muy claros al establecer que siempre que iban estaban los dos, si bien el señor Orlando manifestó que era cada 20, cada 30 días, pero siempre que él venía estaban la pareja, entonces no era coincidencia, sino que esto implicaba o determinaba que la pareja convivía en la casa de la señora María Diosilde.

En relación al actuar de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al negar el derecho de mi representada, se tiene que dentro de las consideraciones, invoca la no reclamación dentro del término del edicto emplazatorio y que según la investigación no se logró demostrar la convivencia, por lo cual se advertir

Por su parte la señora **EDILSEN ANGARITA PAIPA** refirió en su apelación que la señora Gloria Peña Amézquita en el momento del fallecimiento del señor Néstor Rodríguez Pedraza no convivía como compañera permanente y/o cónyuge del causante, pues estaba divorciada de conformidad con la sentencia proferida por el Juzgado 3° de Familia y confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa, solicitando se tenga en cuenta lo allí establecido y las declaraciones en ese proceso rendidas.

Manifiesta se encuentra probado que la relación de la señora María Diosilde Rojas Riveros con el causante fue de origen laboral y en ningún momento relación sentimental y/o convivencia bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho, refiriendo fue la señora Edilsen Angarita Paipa la persona que convivió con el señor Néstor Rodríguez Pedraza durante los últimos 5 años y se le debe dar validez, precisando la señora Gloria Amézquita a la fecha de fallecimiento del causante convivía en el municipio de Yopal con el señor Gustavo Pérez.

En ese orden considera la señora Gloria Peña y la señora María Diosilde Rojas Riveros no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, porque evidentemente no tienen derecho a la prestación pensional, señalando el Juzgado de primer grado no da el congruente valor probatorio a las pruebas arrimadas, los testimonios, e interrogatorios de parte, negando el derecho que le corresponde a su poderdante, solicitando por ende se revoque en su

---

que dicha situación difiere con la realidad, pues los documentos aportados con la reclamación por parte de la señora Rojas contaba con todas las herramientas para determinar que ella convivía con el causante, esto es declaraciones de convivencia que en igual sentido fueron aportadas por la señora Gloria, entonces no se explica la suscrita como se tiene en cuenta en su momento un Registro Civil de matrimonio que ya no existía, dos unas declaraciones de convivencia, pero que cuando las presenta mi poderdante a estas se les resta valor probatorio, entonces se concluye que arbitrariamente se desconoce por parte de la administradora que se le informó de la sentencia de divorcio, se les presenta un Registro Civil de nacimiento con nota marginal, se les presenta las certificaciones de la EPS, las declaraciones extra proceso con lo cual se desvirtuaba que en ese momento la señora Gloria ostentara la calidad de cónyuge y aun así reconoce este derecho y niega el de mi representada.
Por lo anterior me permito manifestar que, en relación a los intereses moratorios, los mismos son causados y deben ser reconocidos, ya que quedó demostrado que el derecho pensional fue negado por error de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se reitera que la vía administrativa se agotó el día 23 de diciembre de 2015, por lo que el derecho pensional solicitado se causó desde la fecha del fallecimiento del señor Néstor.

Finalmente ruego respetuosamente a los señores Magistrados del Honorable Tribunal de Bogotá revocar la decisión proferida en instancia y en su lugar conceder todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en estos términos dejó presentado el recurso, gracias."

totalidad la sentencia proferida y se acceda a sus pretensiones. *(Audio Archivo 37 expediente digital, record:2:01:12[3])*

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

---

[3] **APODERADO DEMANDANTE EDILSEN ANGARITA:** Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho, voy a ser breve manifestando que ampliaré (…)

(…) Le manifestaba que presentó recurso de apelación y lo sustento, y lo ampliaré en los alegatos del tribunal, su señoría yo considero que quedo probado que la señora Gloria Peña Amézquita en el momento del fallecimiento del señor Néstor Rodríguez Pedraza no convivía como compañera permanente y/o cónyuge del causante.

Segundo, quedó probado que la señora Gloria Peña Amézquita estaba divorciada de conformidad con sentencia proferida por el Juzgado 3° de Familia y confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa, cuando señoría no le da la validez a esta prueba, yo sí me remito juiciosamente a la sentencia 1727 del 2020, radicado 53547 de la Corte Suprema de Justicia, donde efectivamente usted se remitió a ella, pero olvidando que el apoderado de la señora Gloria en ningún momento alegó que en el proceso del divorcio hubiera sido la causal, hubiera sido la que consagra el artículo 154 de causales de divorcio que consagra el artículo 154 del Código Civil, ahí se desconoció, entonces no entiendo, me sorprende cómo no lo alega la persona demandada, su señoría se remita allá y le da validez, y descarta cualquier prueba, yo sí solicito respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá que se remita juiciosamente a el acta de la audiencia de fallo cuando se declaró el divorcio de la señora Gloria Peña y posteriormente al acta que efectivamente confirmó la sentencia del Juzgado 3° de Familia de la ciudad de Sogamoso, donde hay unas declaraciones que en este proceso están siendo desconocidas, en donde no se da el valor probatorio que merece dicho documento, dicha sentencia.

Luego así quedó probado que la señora Gloria Peña tenía pleno conocimiento del fallo de divorcio, como ella lo manifiesta que no, claro que sí tenía conocimiento porque yo considero que un profesional del derecho incluyéndome pues le está informando juiciosamente a su poderdante lo que está sucediendo, además ella manifiesta que el señor Néstor después de que existió fallo la convenció bajando la escalera del juzgado, donde le manifiesta que por qué no en términos castizos que por qué no regresaban, entonces me parece que hay un desconocimiento de este fallo y la señora está faltando a la verdad.

Quinto, quedó probado que la relación de la señora María Diosilde Rojas Riveros con el causante fue de origen laboral y en ningún momento relación sentimental y/o convivencia bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho.

Quedo probado que la señora Edilsen Angarita Paipa fue la persona que convivió con el señor Néstor Rodríguez Pedraza durante los últimos 5 años, se le da validez y no se admite la tacha legalmente a los testimonios que rinde la cuñada de la señora Gloria, ósea hermana del señor Néstor y los hijos de la señora Gloria, como tenía entendido no tienen ninguna obligación y como lo establece la Constitución Política de Colombia de ir a declarar en contra de la señora madre, entonces me parece grave.

Quedo probado que la señora Gloria Amézquita a la fecha de fallecimiento del causante convivía en el municipio de Yopal con el señor Gustavo Pérez y es cuando tengo que remitirme a algo que me parece fundamental, hoy el señor Gustavo Pérez vive en la calle 56 #57este - 67 del barrio Villa Flor del municipio de Yopal, en un bien que es de propiedad de la señora Gloria Peña y el en el interrogatorio, en el testimonio no pudo explicar en qué condición vive en ese bien inmueble, no lo explicó, entonces me parece gravísimo que vive en el mismo bien inmueble, donde efectivamente se realizó la encuesta del SISBEN.

Luego así la señora Gloria Peña y la señora María Diosilde Rojas Riveros no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, porque evidentemente no tienen derecho a la prestación pensional en discusión en la presente litis, su señoría con todo respeto pero su despacho no da el congruente valor probatorio a las pruebas arrimadas, los testimonios, interrogatorios de parte, negando el derecho que le corresponde a mi poderdante la señora Edilsen Angarita Paipa, el derecho pensional que le corresponde como compañera permanente del señor Néstor Rodríguez Pedraza.

De la misma forma el señor juez se aparta del precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, el cual es de obligatorio cumplimiento, en esos términos dejó sustentado el recurso de apelación, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala laboral se revoque en su totalidad la sentencia proferida el día de hoy en la presente litis y en su reemplazo se falle a favor de mi poderdante de las pretensiones impetradas en el escrito de demanda, muchas gracias señor juez.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de las demandantes MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA, las pretensiones que relacionaron en sus respectivos escritos de demanda (Archivo 01 del expediente digital, páginas 105 y 106 y Archivo 28 *1ProcesoJuzgadoOnce7Archivo 001* págs. 5 y 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 102 y 3 a 5 de los citados archivos, solicitando: Se revoque la Resolución GNR 416437 del 23 de diciembre del 2015, se declare tienen derecho a la sustitución pensional en calidad de compañeras permanentes, en consecuencia se condene al pago de las mesadas pensionales a partir del 4 de junio de 2015, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo ambas demandantes sentencia desfavorable a sus pretensiones** pues se absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra, **tras considerar** que no se acreditó la convivencia de los 5 años exigidos por la Ley por parte de ninguna de las dos compañeras, máxime cuando de las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios de parte no se pudo establecer una convivencia real y efectiva con el de cujus antes del 4 de junio del 2015 en los términos de Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, en cabeza de quién procede el reconocimiento de la sustitución pensional, esto es, si resulta acreedora la señora **MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA o EDILSEN ANGARITA PAIPA**, o ambas en calidad de compañeras permanentes del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (q.e.p.d.) y en este sentido abordará la Sala el estudio respectivo.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

i) El señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA, falleció el 4 de junio del 2015, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01, expediente digital página 5.

ii) Mediante Resolución No. 200131 del 4 de junio del 2014 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez al causante, efectiva a partir del 6 de septiembre del 2009, conforme se extrae del acto administrativo GNR 416437 del 23 de diciembre del 2015 (Archivo 01 pág. 58).

iii) Colpensiones por Resolución GNR 416437 del 23 de diciembre del 2015 le reconoció a GLORIA PEÑA AMEZQUITA la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA en un porcentaje del 100% en calidad de cónyuge a partir del 4 de junio del 2015 (Archivo 01 págs. 58 a 62).

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el **4 de junio del 2015** (fecha del deceso), y 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 o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[4].

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o **compañera permanente**, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[5], era de 5 años, independientemente de que el causante de la

---

[4] *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.*

[5] ***"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *<Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

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

prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por **muerte del pensionado**, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador*", bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido, postura además consignada, entre otras por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).*
>
> *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*

---

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

resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado". (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Igualmente, en la sentencia SL1878-2022 Radicación No. 90562 del 16 de mayo del 2022 la misma corporación expuso:

"Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (…).

(…)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo

> *dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».*
>
> *(…)*
>
> *De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003,* ***se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años,*** *mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*
>
> ***En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado****.” (negrilla y subrayado de la Sala).*

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un **PENSIONADO**, se requiere, **en el caso de las compañeras permanentes (MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA), acreditar que convivieron cada una de manera independiente con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso**.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA nació el 16 de enero de 1958 (*cédula de ciudadanía página 92 archivo 01 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (4/06/2015) contaba con 57 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos, por su parte la señora EDILSEN ANGARITA PAIPA, nació el 13 de febrero de 1964 (*cédula de ciudadanía página 99 archivo 001 expediente procesoJuzgado11*) contando con 51 años de edad para la data del óbito.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por las señoras MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA; ambas en calidad de compañeras permanentes, consistentes en que la convivencia con el pensionado fallecido se encuentra acreditada con cada una, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA al absolver interrogatorio (*archivo 35 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 1:20:42*) indicó que conoció al causante e inició una relación amorosa con éste en el año 1996 y en el año 2000 se fueron a vivir juntos a la casa ubicada en la Calle 38 # 10B - 28 del barrio chapinero de

Sogamoso hasta el 2005, ya que los hijos del fallecido la desalojaron de tal vivienda, por ende tanto ella como el de cujus se fueron a vivir a la casa de la accionante hasta el año 2015, precisando durante esa época habían noches que el fallecido no dormía allí pues a veces se ausentaba y se queda en la casa de la Calle 38 # 10B-28, igualmente refirió que el señor Néstor Rodríguez tenia una compraventa en Duitama desde el año 1996 y hasta aproximadamente el 2012.

Por su parte **EDILSEN ANGARITA PAIPA** (*archivo 35 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 1:58:18)* adujo haber conocido al señor Néstor Rodríguez en el año 1998 en la cafetería donde ella trabajaba, pues aquel llegaba a tal lugar a visitarla, refiriendo que el de cujus le había informado que en ese año había salido la sentencia de divorcio con la señora Gloria Peña por lo que iniciaron su relación de noviazgo por dos años y en el año 2000 se fueron a vivir a la Calle 38 # 10B - 28 del barrio chapinero de Sogamoso durante 15 años, precisando que tuvieron una compraventa en Duitama y que Maria Diosilde Rojas Rivera era la empleada de allí.

Igualmente se recibieron los siguientes testimonios:

OLIVEIRO ORLANDO MUÑOZ PATARROYO (*archivo 36 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 5:22)* manifestó ser pensionado del Ejercito Nacional y haber alquilado una habitación en la casa de la señora Maria Diosilde Rojas Rivera de abril del 2005 a marzo del 2014, para quedarse allí los días en que salía de permiso, que era cada 4 meses, esto es, su residencia no era frecuente sino esporádica refiriendo haber visto en dicha casa al señor Néstor Rodríguez quien fue presentado como el esposo de Maria Diosilde.

MIGUEL ANTONIO TORRES CARDENAS (*archivo 36 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 30:32)* expresó haber conocido a Maria Diosilde porque era un amigo del fallecido Néstor Rodriguez quien se la presentó como su pareja para el año 1996 o 1997, comentando que únicamente departían en establecimientos de comercio y de vez en cuando iba a la casa de este, a quien a veces veía solo o a veces con la señora Maria Diosilde señalando que nunca se quedó a compartir con la pareja en dicha casa, precisando que la mayor parte del tiempo se encontraban era en Duitama en la compraventa del de cujus.

EDELMIRA MORALES GRANADOS (*archivo 36 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 52:35)* comentó conocer a Edilsen Angarita hace 30 años en una cafetería de Sogamoso donde también vivió hasta el año 2005, comentado que en ese año la señora Edilsen puso otra cafetería y allí fue donde conoció a el de cujus, indicando que ella como amiga la visitaba tanto en la cafetería como en la casa ubicada en la Calle 38 # 10b 23 desde el 2005 hasta el 2015 señalando que iba cada 8 días durante 2 horas pero que siempre la demandante Edilsen Angarita estaba sola.

MARY SALAMANCA GROSSO (*archivo 36 Audiencia 16 de junio del 2022, récord: 1:11:23)* conoció a Edilsen Angarita hace 28 años trabajando en una cafetería frente al cementerio central, refiriendo que ésta vivía en la Calle 38 # 10b 23 desde el año 2000, a donde fue tan solo un par de veces, pues sus visitas no eran tan periódicas, por ende no sabe quien vivía en esa casa, cree que la señora Edilsen Angarita vivió ahí con el fallecido hasta el 2015, a quien conoció en el año 2000 o 2001.

Igualmente se recibieron las declaraciones de OLGER SIDNEY RODRIGUEZ PEÑA (hijo de la demandada Gloria Peña), JUAN MIGUEL RODRIGUEZ PEÑA (hijo de la demandada Gloria Peña), AURA STELLA BALLESTEROS PEDRAZA (hermana del pensionado fallecido), MARIA NORIS RINCON CRISTANCHO (vecina de la demandada Gloria Peña) y GUSTAVO PEREZ (Amigo de la señora Gloria Peña), quienes en sus testimonios refirieron que la demandada GLORIA PEÑA siempre estuvo conviviendo con el señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA hasta el momento de su muerte en la casa ubicada en la Calle 38 # 10 23 Barrio Chapinero de Sogamoso, precisando concretamente los hijos y la cuñada de la demandada que aun cuando en efecto hubo un proceso de divorcio en los años 1996 o 1997 la pasiva nunca se separó del fallecido, y si bien existían discusiones donde la señora Gloria se iba de la casa, era por poco tiempo, máximo 2 días, en todo caso siempre regresaba y así fue durante todo el tiempo de convivencia.

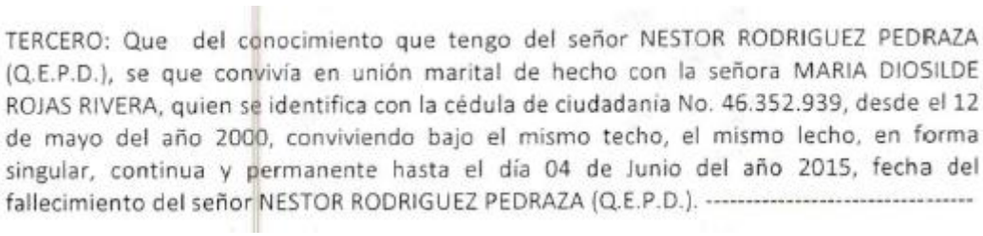
La vecina de la accionada indicó que conoció a la pareja conformada por Néstor y Gloria hace 43 años viviendo siempre en la misma casa que queda contigua a la suya Calle 38 # 10 23 Barrio Chapinero de Sogamoso, pues socializaban todos los días y siempre los vio a los dos, asegurando no haber visto nunca a otra mujer en esa casa.

El señor Gustavo Pérez amigo de tal familia, adujo que trabajó para la demandada durante un tiempo en Yopal donde la pareja de Gloria y Néstor tenían propiedades y también una Asociación Universal Astral donde el testigo es el director, refiriendo vivir en Yopal hace 25 años y haber visto siempre a la señora Gloria con Néstor Rodriguez en los viajes que hacían a tal ciudad.

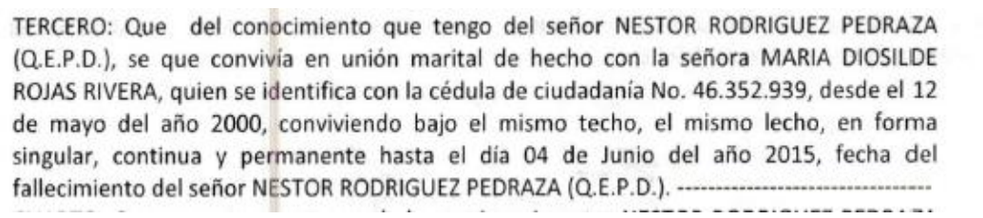
Ahora bien, dentro del expediente como prueba documental y relevante para resolver la litis, se aportaron:

- Declaración extra juicio rendida por la demandante MARIA DIOSILDE ROJAS el 26 de mayo del 2017, donde manifiesta haber convivido con el de cujus desde el 12 de mayo del 2000 hasta el 4 de junio del 2015. (Archivo 01 pág. 83)

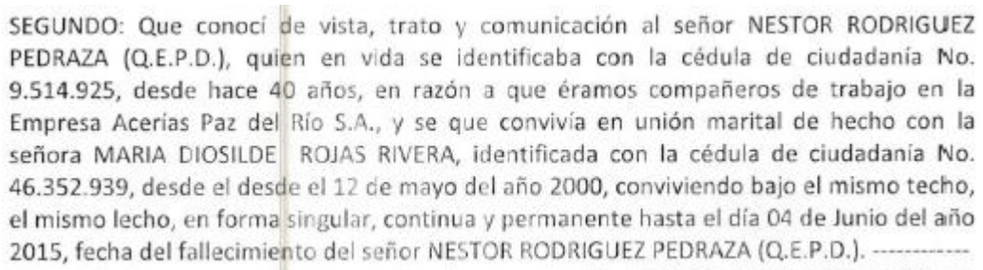
- Declaraciones extra juicio de Mireya Pérez Delgadillo, Oliverio Orlando Muñoz Patarroyo, Miguel Antonio Torres Cárdenas y Luisa Fernanda Diaz Cruz (Archivo 01 págs. 84, 87, 89 y 90) quienes refieren en su orden:



TERCERO: Que del conocimiento que tengo del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.), se que convivía en unión marital de hecho con la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 46.352.939, desde el 12 de mayo del año 2000, conviviendo bajo el mismo techo, el mismo lecho, en forma singular, continua y permanente hasta el día 04 de Junio del año 2015, fecha del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.). ----------



TERCERO: Que del conocimiento que tengo del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.), se que convivía en unión marital de hecho con la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 46.352.939, desde el 12 de mayo del año 2000, conviviendo bajo el mismo techo, el mismo lecho, en forma singular, continua y permanente hasta el día 04 de Junio del año 2015, fecha del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.). ----------



SEGUNDO: Que conocí de vista, trato y comunicación al señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.), quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 9.514.925, desde hace 40 años, en razón a que éramos compañeros de trabajo en la Empresa Acerías Paz del Río S.A., y se que convivía en unión marital de hecho con la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 46.352.939, desde el desde el 12 de mayo del año 2000, conviviendo bajo el mismo techo, el mismo lecho, en forma singular, continua y permanente hasta el día 04 de Junio del año 2015, fecha del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.). ----------

TERCERO: Que del conocimiento que tengo del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.), se que convivía en unión marital de hecho con la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 46.352.939, desde el año 2000 es decir desde antes de conocerlos ya que ellos mismos me comentaban que llevaban todo ese tiempo conviviendo, conviviendo bajo el mismo techo, el mismo lecho, en forma singular, continua y permanente hasta el día 04 de Junio del año 2015, fecha del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D.). ----------

- Certificado de afiliación a la NUEVA EPS donde se señala al de cujus como cotizante y a la señora Maria Diosilde Rivero Rojas como beneficiaria en salud desde el 1° de agosto del 2008 con fecha de cancelación 4 de junio del 2015 (Archivo 01 pág. 95)

- Declaración con fines extraprocesales rendida por NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (q.e.p.d.) y MARIA DIOCILDA ROJAS RIVEROS el 13 de enero del 2004 donde señalaron que vivían en unión libre desde hace más de 5 años en la Calle 38 # 10b-23 de Sogamoso (Archivo 01 pág. 96)

SEGUNDO: Manifestamos que vivimos en Unión Libre desde hace más de 5 años.----------

Igualmente Yo, **NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA** manifiesto que respondo económicamente por mi compañera y en la actualidad no recibe pensión ni renta alguna de ninguna entidad privada ni del Estado ni se encuentra afiliada a ninguna caja de compensación familiar ni a ninguna otra Empresa Prestadora de Salud. ----------

- Declaración extra juicio de MARY SALAMANCA GROSSO y EDELMIRA MORALES GRANADOS del 29 de noviembre del 2016 donde refieren (Archivo 001 pág. 96Carpera Expediente Juzgado11Laboral):

SEGUNDO: Manifestamos que conocimos de vista trato y comunicación al señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D), durante 14 y 15 años respectivamente, Quien falleció el 04 de Junio de 2015 y se identificaba con la C.C. No. 9,514,925 de Sogamoso, Por el mismo conocimiento que teníamos de él nos consta que al momento de su fallecimiento Su estado civil era Union Libre durante un tiempo de 15 años con la señora EDILSEN ANGARITA PAIPA quien se identifica con la C.C. No. 28,053,448 de Capitanejo. Unión que fue desde el 23 de Febrero de 2000 hasta el 04 de Junio de 2015 fecha en la que falleció él. De esta unión NO procrearon hijos, y no le conocemos otros interesados con igual o mejor derecho que el anteriormente nombrado ya que el señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (Q.E.P.D) no tenía hijos legítimos ni ilegítimos, reconocidos ni por reconocer, Matrimoniales ni Extra matrimoniales adoptivos ni otra compañera que se considere con derecho en reclamar sus bienes.----------

TERCERO: Igualmente manifestamos que la señora EDILSEN ANGARITA PAIPA convivía con su Compañero bajo el mismo techo de forma ininterrumpida, compartían mesa, techo, lecho y hacían vida marital, dependía social y económicamente de él, desde el 23 de Febrero de 2000 hasta el 04 de Junio de 2015 fecha del fallecimiento, que lo acompañó hasta el último día de su vida y en la actualidad ella no recibe pensión ni renta alguna de ninguna entidad publica privada ni del estado. ----------

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que los dichos de los testigos OLIVERIO ORLANDO MUÑOZ PATARROYO y MIGUEL MORENO GRANADOS no generan certeza acerca de la **convivencia real y efectiva exigida por ley para el reconocimiento de la prestación pensional** a favor de la señora **MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA**, pues nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que esa accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que los vieron juntos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja, en los últimos 5 años de vida del pensionado.

Si bien, el señor **OLIVERIO MUÑOZ** da indicios de una presunta convivencia los cierto es que solo tiene conocimiento de la misma para los días en que salía de permiso del Ejercito lo cual como el mismo lo expresó no era frecuente sino esporádico, por ende, no puede la Sala con tan solo dicho testimonio acreditar la convivencia por la ley exigida, máxime cuando el testigo desconoce lo sucedido después del año 2014.

Igual suerte, corren las declaraciones de las deponentes, **EDELMIRA MORALES GRANADOS y MARIA SALAMANCA GROSSO** quienes pese a que afirmaron que la pareja de la señora EDILSEN ANGARITA PAIPA era el señor NESTOR RODRIGUEZ (q.e.p.d), nada comentaron sobre las circunstancias relativas a una convivencia de los mismos del 2010 al 2015 (lapso exigido por la norma) pues sus declaraciones fueron ambiguas y con el ánimo de favorecer a esta demandante, es más desconocen la forma en que posiblemente convivían pues una la primera de ellas si bien fue a la casa donde habitaban siempre vio a la accionante Edilsen Angarita sola y la otra testigo nunca entro a esa vivienda y solo fue 2 veces en 15 años, situaciones que le restan total credibilidad a estas testimoniales.

Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la **intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un**

acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar por las dos accionantes la existencia de un proyecto de vida en común durante los años 2010 a 2015.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es "*aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*", precisando la misma Corporación que "*la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común"* **excluyendo de ésta** *"encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso* ***las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida***.", situación que ocurrió en autos pues a pesar que de las demandantes pudo haber acompañado al pensionado fallecido desde el año 2000 que iniciaron sus relaciones de noviazgo, hasta su deceso no se probó una verdadera comunidad de vida.

Por otro lado, no resulta oportuno valorar la declaración dada por la propia demandante MARIA DIOSILE ROJAS RIVERA ya que a las partes no le es dable crear su propia prueba (CSJ SL1059-2023).

Igualmente, las declaraciones extra juicio aportadas no pueden tenerse en cuenta, dado que no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues si bien narran algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que pudo tener el de cujus con las demandantes nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia en los 5 últimos años de vida del pensionado, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio y en todo caso no existe otra prueba que reafirme lo dicho por tales declarantes.

Y en cuanto a la declaración rendida por el de cujus en el año 2004 a lo sumo probaría la convivencia de éste con Maria Diosilde Rojas Rivera hasta ese día en

que efectuó tal declaración, siendo indispensable acreditar en este proceso la convivencia del 2010 al 2015 lo cual brilla por su ausencia.

Ahora en relación con la afiliación a salud efectuada por el señor NESTOR RODRIGUEZ (q.e.p.d.) a favor de MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA desde el año 2008 a 2015, con la misma contrario a lo afirmado en la apelación, no se acredita la convivencia sino quizás una dependencia económica de esta pareja, y en todo caso aun cuando podría tomarse como un indicio de la alegada convivencia, tal documental no es suficiente para probar la misma.

Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó por ninguna de las demandantes pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común, advirtiéndose este derecho surge **siempre y cuando se pruebe una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco años anteriores al deceso del pensionado,** periodo que, como ya se dijo, en este asunto, no se encuentra acreditado con las precarias pruebas aportadas que se contrajeron a las testimoniales.

De esta manera, como ya se señaló se concluye la orfandad probatoria por parte de las promotoras del litigio dirigidas acreditar los 5 años de convivencia antes del fallecimiento del señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones eran las demandantes, las cuales quedaron expuestas a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Finalmente, y frente a los demás argumentos de apelación de las demandantes dirigidos a señalar la improcedencia del derecho pensional en favor de la señora GLORIA PEÑA, baste con indicar por esta Sala de Decisión que en su momento COLPENSIONES concedió la sustitución pensional refiriendo:

Por lo anterior, y evidenciando que con posterioridad al reconocimiento de la sustitución pensional se presenta a reclamar la señora MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 46.352.939 en condición de compañera permanente, esta entidad solicitó adelantar investigación administrativa tendiente a establecer la convivencia del causante con ambas peticionarias en sus últimos cinco años de vida, a lo cual concluyeron lo siguiente:

En virtud a los elementos de juicio con los que se cuenta al momento de la elaboración del presente informe, se indica que NO EXISTIÓ CONVIVENCIA como compañeros permanentes entre NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (causante) y MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA (solicitante N°1), durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida.

En virtud a los elementos de juicio con los que se cuenta al momento de la elaboración del presente informe, se indica que SI EXISTIÓ CONVIVENCIA como cónyuges entre NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA (causante) y GLORIA PEÑA AMEZQUITA (solicitante N°2), durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida.

Razones por las cuales al haber encontrado la entidad demandada los requisitos cumplidos para ser la beneficiaria de la pensión, considera esta Sala de decisión el Juez Laboral no puede en estos momentos entrar a modificar ni revocar los actos administrativos proferidos por la administración, ya que en el presente asunto la demandada GLORIA PEÑA AMEZQUITA no debía acreditar el requisito de convivencia en tanto éste ya se encontraba demostrado ante la entidad accionada, por ende quienes tenían la carga de acreditar la convivencia como compañeras permanentes, tal como ya se dijo, eran las aquí demandantes señoras MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA, pues fueron ellas quienes pusieron en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado en orden a que se le reconociera el 100% de la pensión de vejez que en vida devengó el causante señor NESTOR RODRIGUEZ PEDRAZA, razones por las cuales los argumentos de apelación dirigidos a enervar el derecho pensional que se encuentra en cabeza de la señora GLORIA PEÑA no pueden ser analizados en esta instancia por lo ya explicado.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia por parte de las señoras MARIA DIOSILDE ROJAS RIVERA y EDILSEN ANGARITA PAIPA, exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la confirmación de la sentencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, conforme a la parte considerativa.

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 IVAN DE JESUS VEGA DIAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD. 06 2020 00539 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Sexta (6) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero del 2023 Audio archivo 15, récord: 25:24), en la que se resolvió:

> *«**ABSOLVER** a la accionada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***COSTAS** a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de $50.000 por concepto de agencias en derecho».*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante IVAN DE JESUS VEGA DIAZ, las pretensiones relacionadas a páginas 4 y 5 del archivo *«02 Expediente digital»*,

las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados en el acápite respectivo (página 1, ibidem), aspirando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por su compañera permanente CAMILA ISABEL FRAGOZO SOCARRAS, la indexación, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, más las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que, la normativa en la que se funda la aspiración fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, por lo que dicha preceptiva no le era aplicable por haber adquirido el derecho pensional con posterioridad a que empezara a regir el sistema general de pensiones.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionado del actor tal como puede verificarse en Resolución SUB 40599 del 14 de febrero de 2018 (páginas 10 a 25 archivo 02 expediente digital), por la cual se convierte la pensión de invalidez en pensión de vejez a partir del 1° de marzo del 2018 en cuantía de $4.342.444, teniendo en cuenta para ello el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad así:

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	% IBL	Valor Pensión Mensual (2017)	Valor Pensión Mensual (Actual)	Aceptada
PENSION VEJEZ CONVERSION Decreto 758/90 art. 10	23 de septiembre de 2017	1 de marzo de 2018	6,029,508	69.19	$4,171,816.00	4,342,444.00	SI

Ahora bien, persigue el demandante el reconocimiento y pago del incremento pensional por su compañera a cargo, prestación que encuentra su regulación en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, disposición que, en su tenor literal dispone:

> ***«ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ****. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*
>
> *[…]*
>
> *b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.*

[…]».

De allí se desprenden dos requisitos que deben ser acreditados por el pensionado para acceder al incremento, a saber: i) la condición de cónyuge o compañera/o permanente del beneficiario y, ii) la dependencia económica de aquella para con el pensionado.

Sin embargo, previo a adentrarnos al estudio de los presupuestos enunciados en el caso del convocante, es importante determinar la vigencia de estos dentro del ordenamiento jurídico, especialmente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Al respecto valga indicar, este tópico particularmente ha suscitado diferentes controversias en la jurisprudencia nacional a partir de las cuales se ha planteado, entre otras, la pérdida de vigencia de estos incrementos con ocasión a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y, además, la tesis contraria en las que se determina que estos conservaron vigencia dentro de la regulación normativa nacional pese a no ser incluidos en la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, en remplazo de la anulada SU-310 de 2017, determinó, en síntesis, que con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir.

Para esa Corte, tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social, aún para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición conforme lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando a salvo únicamente los derechos adquiridos.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución.

Como sustento de su decisión estimó el Alto Tribunal Constitucional:

«3.2.2 Dejando de lado la derogatoria expresa de las normas que previó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, para la Corte es claro que la anterior enunciación de principios de articulación, organización y unificación normativa se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a dicha ley. De hecho, inclusive limitando el análisis al referido principio de unificación, la doctrina especializada explica que este "tiene importantes consecuencias jurídicas, pues significa que desaparecen las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los régimen de transición normativa".

(…)

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior, dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21».

Esa Corporación enfatizó que el régimen de transición reguló exclusivamente lo atinente a la adquisición del derecho a la pensión, puntualmente la protección de las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a adquirir la prerrogativa pensional, entendiendo con ello que los demás aspectos relacionados con el acceso de la pensión de vejez se encontrarían regulados por la nueva ley.

El anterior criterio, fue acogido recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2061 de 2021[1], en la cual abandona la postura asumida por esa

[1] *"**3. Incrementos por personas a cargo***

En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

[…]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[…]

Corporación que predicaba que los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el Acuerdo 049 de 1990 NO habían desparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, alude a su derogatoria orgánica en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

Dicha posición jurisprudencial, adoptada por esta Sala Decisión, resulta aplicable al examine precisamente por el respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, y por tanto, para que el demandante pueda acceder a esta prestación claro resulta que debió causar la pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los términos del Acuerdo 049 de 1990 puro, situación que no acaeció en autos pues si bien bajo este último precepto se reconoció la prestación, fue en virtud de una conversión de una pensión de invalidez a la de vejez tal como se verifica de la Resolución SUB 40599 del 14 de febrero del 2018 (págs. 10 a 25 Archivo 02), y en todo caso, con posterioridad al 1 de abril de 1994.

Valga precisar, no puede predicarse la contravención de principios como la seguridad jurídica, la confianza legítima y la favorabilidad, porque en el asunto no estamos en presencia de derechos adquiridos y, en todo caso, la jurisprudencia tenida en cuenta por esta Sala de Decisión para desatar la controversia resulta persuasiva por ser coincidente entre los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

> ***7. Conclusiones***
>
> *De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.*

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.
(…)".

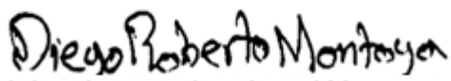
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

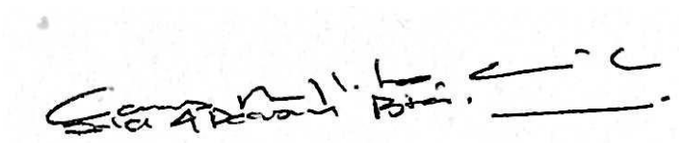
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 GERMÁN ALONSO MARTINEZ PINILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00742 01).

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

AUTO

En atención a la petición incoada por el apoderado del demandante (archivo 10, carpeta 2da instancia) de fecha 26 de octubre de 2023, por medio de la cual solicita se imponga multa a las demandadas Porvenir y Colpensiones con fundamento a lo preceptuado en el artículo 78 numeral 14 del C.G.P., aplicable a los ritos del trabajo por remisión del artículo 145 del CPTSS, ha de tenerse en cuenta que la citada disposición establece como uno de los deberes de las partes, la siguiente:

> *«14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smmlv) por cada infracción».*

Sobre el alcance de dicha disposición, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia CSJ STC14063-2021 precisó:

> *«Entonces, de la norma se colige, básicamente, que **las partes están obligadas a remitir a su contraparte copia de los memoriales que radiquen**, para lo cual pueden usar cualquier canal reportado para la transmisión de datos. **El incumplimiento de dicho deber no vicia la actuación**, pues el ordenamiento tiene otro tipo de exigencias para salvaguardar el derecho de contradicción de las partes, como el traslado secretarial o la publicación del expediente en el micrositio de los Juzgados, **pero ello no obsta, para que, si se solicita por la parte afectada, se imponga multa al abogado que desatendió su deber**, la cual será de salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> *En la exposición de motivos de la norma en comento quedó consignado que el mencionado deber tiene génesis en la **lealtad procesal** que se deben las partes y que, además, debe ser guía de los asuntos judiciales como buena práctica procesal. Sobre el particular se consignó:*
>
> *«Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados. En el numeral 12 se sustituye la expresión "información electrónica" por "la información contenida en mensajes de datos" por tratarse esta última de una denominación más amplia a la luz de la Ley 527 de 1999.*
>
> *Adicionalmente, se incorporan dos nuevos numerales al artículo. (…).*

> *El segundo de los numerales adicionados, numeral 14, consagra un deber de lealtad procesal con la contraparte consistente en enviar al correo electrónico suministrado, un ejemplar de los memoriales presentados durante el proceso. Este deber solo surge a partir del momento en que la contraparte está notificada y, lógicamente, se exceptúa de dicha obligación la petición de medidas cautelares. De igual forma, se contempla en la parte final del artículo que el incumplimiento del deber lealtad (sic) en mención en ningún caso afectará la validez de las actuaciones, con lo que se pretende evitar la posible configuración de nulidades procesales. En definitiva, se trata de un deber de lealtad y buenas prácticas procesales».*
>
> *Bajo el marco descrito, puede afirmarse que la imposición de la multa consagrada en el numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso no está supeditada a que la actuación que dio origen a la misma tuviera validez o no, sino que* ***dicha sanción lo único que pretende es promover la lealtad procesal entre las partes****, por lo que es esa la conducta que debe evaluarse a la hora de resolver las solicitudes que en tal sentido se formulen,* ***de forma tal que una vez esté acreditado el incumplimiento de dicho deber legal, hay lugar a imponer la multa de un salario mínimo****» (Negrillas y subrayas de la Sala).*

De igual modo, mediante providencia del día 31 de marzo de 2022, por la Sección Primera del Consejo de Estado, Radicación No. 08001 23 33 000 2017 01047 01, se explicó el alcance y la necesidad de cumplir lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., señalando que al no remitirse copia del respectivo memorial se incumple el deber allí dispuesto, con la correlativa sanción allí consagrada:

> *«Bajo tal escenario, advierte el Despacho que era pertinente dar aplicación a las normas a que hace referencia el Distrito de Barranquilla y que, verificadas las actuaciones procesales, la CRA no envió a la contraparte el memorial en el que solicitó que el proceso de la referencia fuese remitido a la Sección Cuarta de esta Corporación,* ***incumpliendo de esta manera su carga procesal, lo cual redunda en la violación del derecho a la defensa y contradicción que tienen como finalidad salvaguardar un debido equilibrio entre las partes en cada una de las etapas del proceso*** *[…].*
>
> *Ahora bien, en consideración a la solicitud del Distrito de Barranquilla,* ***se impondrá una multa equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 smmlv) a la CRA por el incumplimiento de sus deberes como parte procesal, con base en lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 78 del CGP*** *[…]» (negrillas y subrayas de la Sala).*

Así las cosas, es claro que, verificadas las actuaciones al descorrer traslado, la apoderada de Colpensiones, Doctora JENNY CAROLINA VARGAS FONSECA, no dio cumplimiento a su deber de remitir el memorial mediante el cual presentó alegatos de conclusión el 17 de octubre de 2023 (archivo 04), al correo electrónico del apoderado de la parte activa, razón por la cual se estima que **hay lugar a imponer la respectiva multa** en los términos indicados por la Alta Corporación en la citada decisión al incumplir su carga procesal, advirtiéndose, la solicitud de imposición de multa fue copiada al email utdefensapensiones@gmail.com, sin que dicha profesional se pronunciara al respecto, entendiéndose ello como el traslado u oportunidad para que la citada apoderada se manifestara sobre dicha solicitud, guardando silencio en este punto.

En otro giro, con relación a la enjuiciada Porvenir, se advierte, no hay lugar a imponer la multa en la medida que el correo de fecha 18 de octubre de 2023 (archivo

06), se dirigió igualmente al email cosma11ster@gmail.com, siendo éste el autorizado por el **apoderado principal**, Doctor Julio César Osma Pinilla en el libelo introductor, por lo que es evidente que no existe deslealtad procesal por parte de esta AFP, ya que la finalidad fue dar a conocer el escrito de alegatos a las partes intervinientes, esto, pese a no remitirse el correo al apoderado sustituto.

Finalmente, se reconocerá personería al apoderado sustituto de PORVENIR, conforme al poder allegado.

En mérito de lo anterior la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C.,

R E S U E L V E

PRIMERO: IMPONER MULTA de un (1) SMLMV a la abogada JENNY CAROLINA VARGAS FONSECA, en calidad de apoderada de COLPENSIONES por incumplir su deber contenido en el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
Ejecutoriado lo anterior, por Secretaría líbrense las comunicaciones a efectos de dar cumplimiento a tal orden.

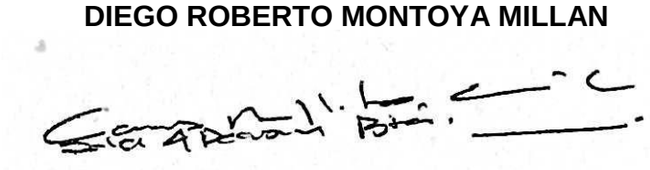
SEGUNDO: RECHAZAR la solicitud de imposición de multa a cargo de la demandada PORVENIR por improcedente, conforme a lo expuesto.

TERCERO: **RECONOCER** 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 mediante escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**

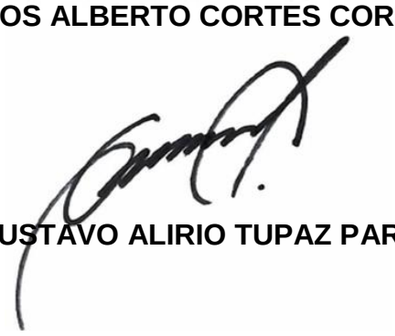
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 42 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de septiembre de 2023 (*Exp. Digital, archivo 22, récord: 1:00:36),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado de régimen pensional que realizó el demandante* ***GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA,*** *identificado con la cedula de ciudadanía No. 5.795.714 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A el 08 de abril del 2000, así como el traslado horizontal realizado de COLFONDOS S.A a PORVENIR S.A el 23 de junio de 2011, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A.,*** *a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a* ***COLFONDOS S.A*** *a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que hayan generado durante la afiliación del demandante, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADA*** *la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas junto con agencias en derecho a PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán cancelar a prorrata las demandadas en favor del demandante.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.".*

Inconforme con la decisión la apoderada de Colpensiones atacó[1], el numeral sexto de la sentencia proferida en primera instancia en lo que concierne a la condena en costas y agencias en derecho, en razón a que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen, siendo una decisión autónoma, libre y voluntaria, aunado a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política que contempla que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines distintos y en este sentido, la entidad no cuenta con rubros destinados a costas y agencias en derecho.

Por su parte, COLFONDOS[2], presentó recurso de apelación en cuanto a la declaratoria de ineficacia y los conceptos a devolver indexados, aduciendo, no es posible devolver los mismos en estos términos porque los rendimientos generados fueron superiores a los que se había podido generar en el régimen de pensiones si la parte actora hubiera efectuado el traslado de régimen, entonces, quedó compensado este concepto.

Agregó, dicho rubro no fue objeto de petición, siendo excesiva la imposición de la indexación ordenada en primera instancia con el traslado de los rendimientos ya que se compensaría la depreciación del poder adquisitivo, al efecto, citó la sentencia

---

[1] ***Recurso Colpensiones****, récord 1:15:00, archivo 22: "Gracias su Señoría, me permito interponer recurso de apelación de manera parcial, el cual procede a sustentar, solicitándole al honorable tribunal revocar el numeral sexto de la sentencia proferida en primera instancia en lo que concierne a la condena en costas y agencias en derecho a mi representada, pues esto en razón a que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. Y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen, por lo cual una decisión autónoma, libre y voluntaria no puede cargar impositivamente a mi representada que nada influenció, pues en la decisión del demandante te en igual sentido, pues solicitó al honorable tribunal tener en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política que contempla que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines distintos, diferentes a ella y pues en este sentido, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones no cuenta con rubros destinados a costas y agencias en derecho, puesto que los recursos con los que cuenta la entidad son los recursos que pagan sus afiliados y/o pensionados, entonces no se cuenta con el recurso destinado al pago de costas y agencias en derecho".*

[2] ***Recurso Colfondos, récord 1:05:56: "****Siendo la oportunidad procesal pertinente presento recurso de apelación en cuanto a la declaratoria de ineficacia y los conceptos a devolver por parte de Colfondos, ya que no es posible devolver los mismos ya que no será posible la indexación de los conceptos que llegaron a ordenar, 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 había podido generar en el régimen de pensiones si la parte actora hubiera efectuado el traslado de régimen, entonces, quedó más que compensado este concepto. Además, dicho rubro no fue objeto de petición, siendo excesiva la imposición de la indexación ordenada en primera instancia con el traslado de los rendimientos ya que se compensaría la depreciación del poder adquisitivo, los recursos de transferencia, en sentencia de la doctora María Elena Gómez Velasco. Se señaló que "no le van a poner condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones le fue impuesta la devolución a Colpensiones de la totalidad de las cotizaciones con motivo de la relación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia". De igual manera, en sentencia el 4 de junio y con ponencia de la Doctora Martha Teresa Flores se dijo "respecto a la inyección reclamado a los alegatos de instancia por parte de Colpensiones frente a los conceptos que deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida, estima la sala que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es precisamente la finalidad de esta investigación, que se encuentra con la condena a la devolución de los rendimientos financieros. Pues con estos últimos se asegura el capital a trasladar corresponde a la realidad para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida", de esta manera, presento recurso de apelación.".*

de la doctora María Elena Gómez Velasco donde señaló: "*no le van a poner condena por concepto de indexación, teniendo en cuenta que la administradora de fondos de pensiones le fue impuesta la devolución a Colpensiones de la totalidad de las cotizaciones con motivo de la relación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que se hubiera causado en el tiempo. Por lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia*". De igual manera, mencionó la sentencia el 4 de junio con ponencia de la Doctora Martha Teresa Flores, que aclaró: "*respecto a la inyección reclamado a los alegatos de instancia por parte de Colpensiones frente a los conceptos que deben ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida, estima la sala que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es precisamente la finalidad de esta investigación, que se encuentra con la condena a la devolución de los rendimientos financieros. Pues con estos últimos se asegura el capital a trasladar corresponde a la realidad para no afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida", de esta manera, presento recurso de apelación.".*

Finalmente, PORVENIR esgrimió[3], si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación

[3] ***Recurso Porvenir, récord 1:08:36, archivo 22: "****Encontrándome en el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos, solicito se sirva revocar la presente decisión a lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia, así como las condenas impuestas en contra de Porvenir. En primer lugar, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia, la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe decirse, o pues que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, puesto que el demandante realizo válidamente su traslado horizontal de manera voluntaria y sin presiones, como lo manifestó en el interrogatorio de parte. Asimismo, pues se recalca que la vinculación del demandante con mi representada se dio en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y luego revisa las circunstancias del demandante al momento de la vinculación con mi representada. No se observa ningún impedimento por el cual el tema el fondo tuviera que rechazar la solicitud de vinculación realizada por el demandante.*

De igual forma, se reitera y se recalca que el deber de información recaía en cabeza del primer fondo con el que se realizó el traslado del régimen, que fue con Colfondos, sino con mi representada. Y que el actuar de Porvenir siempre ha sido de buena fe conforme a la voluntad del demandante de estar vinculado a dicha administradora y de continuar vinculado al régimen de ahorro individual, no se puede pasar por alto el traslado horizontal realizado por el demandante que esto demuestra un acto de relacionamiento donde demuestra que efectivamente conocían las características y condiciones del régimen de ahorro individual y voluntariamente decidió permanecer en el mismo, más aún si se tiene en cuenta lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte donde manifestó conocer la rentabilidad que se generaban en los fondos privados, también con ocasión a los extractos que le llegaban, ya que evidenció los descuentos que se realizan por gastos de administración y primas previsionales. También conocía que se requerían 1300 semanas para pensionarse en el régimen de Prima media y también se requería un capital ahorrado para pensionarse en el régimen de ahorro individual, situaciones que demuestran que efectivamente el demandante conocía características de ambos regímenes para acceder en su debido momento a la mezcla pensional, solicitó que frente a la eventual confirmación de la sentencia de primera instancia, los conceptos por rendimientos que se deben trasladar no son los que corresponderían a los que se generaron en este régimen de ahorro individual, sino los que se generarían en el régimen de prima media, toda vez que pues si se declara ineficaz el traslado no es procedente trasladar rendimientos que son propios del régimen de ahorro individual, más aún cuando bien es sabido que estos son superiores a los que se generan en el régimen de prima media.

Asimismo, solicitó al honorable Tribunal tener presente que tampoco sería procedente trasladar los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, toda vez que fue en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, mi representada incurrió en dichos conceptos y siempre fue, en favor del mismo demandante, las

ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia, la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe decirse, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para la AFP no se da en el presente asunto, puesto que el demandante realizó válidamente su traslado horizontal de manera voluntaria y sin presiones, como lo manifestó en el interrogatorio de parte. Asimismo, recalcó, la vinculación del demandante se dio en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, por lo que, al revisar las circunstancias del demandante al momento de la vinculación no se observa ningún impedimento por el cual el fondo tuviera que rechazar la solicitud de vinculación elevada por el actor.

Reiteró, el deber de información recaía en cabeza del primer fondo con el que se realizó el traslado del régimen, siendo Colfondos y no Porvenir. El actuar de Porvenir siempre ha sido de buena fe conforme a la voluntad del demandante de estar vinculado a dicha administradora y de continuar vinculado al régimen de ahorro individual, no pudiéndose pasar por alto el traslado horizontal realizado por el demandante donde demuestra que efectivamente conocía las características y condiciones del régimen de ahorro individual y voluntariamente decidió permanecer en el mismo, más aún si se tiene en cuenta lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte donde manifestó conocer la rentabilidad que se generaban en los fondos privados, también con ocasión a los extractos que le llegaban, ya que evidenció los descuentos que se realizan por gastos de administración y primas previsionales. También conocía que se requerían 1300 semanas para pensionarse en el régimen de Prima media y un capital ahorrado para pensionarse en el régimen de ahorro individual, situaciones que demuestran que efectivamente el demandante conocía características de ambos regímenes para acceder en su debido momento a la mesada pensional.

---

primas siempre estuvieron, pues la prima siempre estuvo vigente para el demandante para cubrir una invalidez o una muerte para beneficiarlo así mismo sus beneficiarios y los gastos de administración, pues con ocasión a ese buen manejo de sus aportes. Actualmente tiene una buena rentabilidad el demandante en su cuenta corriente habitual con lo que respecta a la indexación, pues pongo de presente que se debe tener en cuenta lo indicado por el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Amazonas que han puesto de presente que si se pagan rendimientos, que son dineros actuales, no se puede generar una entrega también de los dineros indexados. Ya que esto generaría una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto, motivo por el cual no sería procedente trasladar los conceptos de manera indexada, Así mismo tampoco sería procedente la condena en costas, toda vez que mi representada no participó en el acto de traslado de régimen, toda vez que fue con otra AFP, ya que cuando el demandante se vinculó a Porvenir, ya estaba dentro del régimen de ahorro individual y no evidenció algún inconformismo o algún impedimento para aceptar la vinculación del mismo Porvenir, pero pues reitero, ya estaba en el régimen de ahorro individual. De esta forma de sustento el recurso de apelación para que sea estudiado por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias.".

Pidió, frente a la eventual confirmación de la sentencia de primera instancia, los conceptos por rendimientos que se deben trasladar no sean los que corresponderían a los que se generaron en este régimen de ahorro individual, sino los que se generarían en el régimen de prima media, toda vez que si se declara ineficaz el traslado no es procedente trasladar rendimientos que son propios del régimen de ahorro individual, más aún cuando bien es sabido que estos son superiores a los que se generan en el régimen de prima media.

Asimismo solicitó, se declare la improcedencia de traslado de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, toda vez que fue en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que la AFP incurrió en dichos conceptos y siempre fue en favor del demandante, las primas siempre estuvieron vigentes para el demandante con el fin de cubrir una invalidez o una muerte para favorecerlo así mismo y sus beneficiarios, finalmente, frente a los gastos de administración, se dieron con ocasión a ese buen manejo de los aportes.

Respecto a la indexación, puso de presente que se debe tener en cuenta lo indicado por el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Amazonas que han puesto de presente que si se pagan rendimientos, que son dineros actuales, no se puede generar una entrega también de los dineros indexados ya que esto generaría una actualización de la moneda y una doble condena por el mismo concepto, motivo por el cual no es procedente trasladar los conceptos de manera indexada.

Finalmente, es improcedente la condena en costas, toda vez que la AFP no participó en el acto de traslado de régimen, toda vez que fue con otra AFP, ya que cuando el demandante se vinculó a Porvenir, ya estaba dentro del régimen de ahorro individual y no evidenció algún inconformismo o algún impedimento para aceptar la vinculación.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 5 y 6, del archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 6 y 7, ibidem), aspirando:

1. Que se declare nulo el traslado del Sr. GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA, del Regimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales (RPM), al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad de COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS. (RAIS), solicitado en abril de 2000.

2. Que consecuentemente se le ordene a COLPENSIONES (Antes Instituto de Seguros Sociales), dejar sin efecto el traslado del Sr. GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA, del Regimen de Prima Media con Prestación Definida del ISS, al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad de COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS., solicitado en abril de 2000.

3. Que como consecuencia de la nulidad solicitada se le ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S. A y a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS transladarle a COLPENSIONES todos los recursos obrantes en la cuenta pensional del Sr. GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA, incluidos los rendimientos correspondientes.

4. Que se le de aplicación a los principios ultra y extra petita, en beneficio del los intereses de mi poderdante el Sr. GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA.

5. Que se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S. A., a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS. y a COLPENSIONES a pagar las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

6. Que se orden la notificación de la presente demana a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

7. Que se me reconozca personería para actuar en el proceso que ha de adelantarse con ocasión de esta demanda

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el demandante GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. el 08 de abril del 2000, así como el traslado horizontal realizado de COLFONDOS S.A. a PORVENIR S.A el 23 de junio de 2011, se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, se condenó a COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que hayan generado durante la afiliación del demandante, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar,** 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 idónea incontrastable que permita deducir lo acontecido para el momento del traslado de régimen y específicamente qué información habría recibido el demandante de Colfondos para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento del actor fue el 02 de febrero de 1959 (pág. 71 archivo 02 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevado ante COLPENSIONES el 05 de julio de 2019 (pág. 55, archivo 01) y COLFONDOS el 03 de julio de 2019 (págs. 24 a 27, archivo 01), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 61 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos no tenía semanas cotizadas[5] (pág. 48 Archivo 04 expediente digital), por lo que no se

---

[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".*

[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
0	0.00	0	0.00	0	0.00	1445	206.43	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 0 SEMANAS: 0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 1445 SEMANAS: 206.43

El número de semanas se calculó con días calendario

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.

Nótese en este punto, el señor GERMÁN ALONSO MARTINEZ PINILLA se afilió al Régimen de Pirma Meda con Prestación definida hasta el 07 de mayo de 1996, por lo que al 1º de abril de 1994 no había realizado ninguna cotización.



asofondos — Asociación colombiana de administradoras de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVJRODRIGUEZRDS | JACQUELINE LILIANA RODRIGUEZ ROJAS | 6 de Mayo de 2020 | Registrar salida | Buscar en Wiki SIAFP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido

Afiliados → Personas → Aportantes → Pagos → Entrega HL al RPM → Documentación → Usuarios → Gestor de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:57:18 PM
Afiliado: CC 5795714 GERMAN ALONSO MARTINEZ PINILLA Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 5795714

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	1996-05-07	2007/07/26	COLPENSIONES			1996-05-07	2000-05-31
Traslado regimen	2000-04-08	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		2000-06-01	2011-07-31
Traslado de AFP	2011-06-23	2011/07/15	PORVENIR	COLFONDOS		2011-08-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 5795714

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2000-04-08	2000-04-25	01	AFILIACION	COLFONDOS	

Un item encontrado.
1

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 **08 de abril de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1º de junio de 2000** (página 23 y 50, archivo 01 y 04, respectivamente), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito por el demandante.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

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

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

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

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

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

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

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

> *de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[7], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«[…]* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)».*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las

---

[8] ***Interrogatorio Demandante, Récord 12:44, archivo 22: "****soy comerciante, en el año 200 en mayo llegó una asesora de Colfondos al negocio donde trabajaba en esa época y tuvimos una reunión donde ellos nos ofrecían para que nos cambiáramos de fondo, yo estaba en el ISS y entonces la historia radica en que el ISS estaba muy mal y quebrado y que si no nos cambiamos de fondo perderíamos los aportes, me dijeron que tendría una*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que no recibió ninguna asesoría de Colfondos, asegurando no le indicaron las implicaciones futuras que tenía ese cambio de régimen pensional; pues la información se limitó a que los fondos de pensión privados, eran fondos de inversión donde iban a tener una rentabilidad muy alta con lo cual iba a mejorar su calidad en la vejez, incluso al estar cotizando sobre salarios altos, porque iba a tener una mesada alta.

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora - COLFONDOS- 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

---

cuenta de ahorro a mi nombre, la verdad es que la conversación se centró en que el ISS estaba quebrado y que el estado no lo iba a salvar, no me dijeron nada de ventajas o desventajas, no me dieron información adicional yo firmé el formulario, quiero trasladarme para una mejor pensión, cuando iniciamos la demanda yo cotizaba sobre un salario de 19 millones y en Porvenir me dijeron que me podía pensionar con una mesada de $1.300.000 siendo poco cuando cotizaba sobre 19 millones, yo entendía que uno se podía cambiar de fondo una sola vez, no tenía claro como era el tema, no estoy pensionado y no la he solicitado, en Porvenir en el 2011 me llegó una funcionaria a Materiales Colombia y me ofreció una mejor rentabilidad, en esa época ya era de la organización Sarmiento Angulo y me dijeron que las inversiones eran mejor y la rentabilidad, no me hablaron sobre la pensión anticipada, he recibido extractos, el extracto dice que si cobran una prima, la verdad es que el hecho de pasarme a Colfondos a Porvenir fue la rentabilidad, esa fue la explicación que me dieron, no me hablaron sobre devolución de saldos, leí el formulario pero muchas cosas uno no entiende, uno cree en el asesor, la afiliación fue libre y voluntaria, durante el tiempo que he estado afiliado no he manifestado a Porvenir, a mí me llega la información a correo, me di cuenta a los 60 años ya que me acerque a Porvenir a ver cómo estaba el tema de jubilación y me dijeron que me podría jubilar con $1.300.00, por eso decidí demanda, los requisitos para pensionarme son 1300 semanas, con el fondo privado no se tuvo claro, tengo entendido que es por capital, lo que uno tiene ahorrado, no me he acercado a Colpensiones, lo que me motiva devolverme a Colpensiones es tener una pensión mejor ya que con lo que cotizó merezco una mejor pensión".

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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(08 de abril de 2000, efectivo el 1º de junio de 2000)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (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 50, archivo 04).

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 COLFONDOS y PORVENIR, de la totalidad del capital ahorrado (PORVENIR), junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR y COLFONDOS además de lo ordenado por la Juez *a quo*, **deberán también retornar sus respectivos rendimientos y bonos pensionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia 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.

Sea del caso indicar, en cuanto a los gastos de administración, rendimientos y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, punto de apelación de PORVENIR, 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, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

En punto al recurso de PORVENIR y COLFONDOS, con relación al pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede incluso de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se

busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

Con relación 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 de la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales (Amazonas y Cundinamarca) 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Páginas 93 y 94, 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 CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora articulo 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 estas demandadas, 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 confirmará 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 por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en los puntos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[9] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 16 de mayo de 2023, Archivo 11 expediente digital.*

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR y COLFONDOS, trasladar a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por la Juez *a quo,* el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos **rendimientos y bonos pensionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a dicha administradora, conforme lo considerado.

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

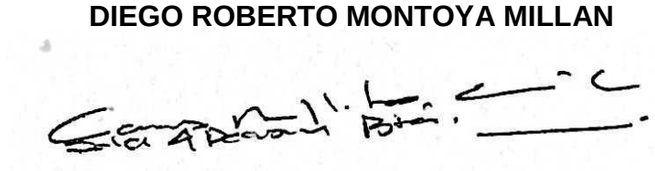
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

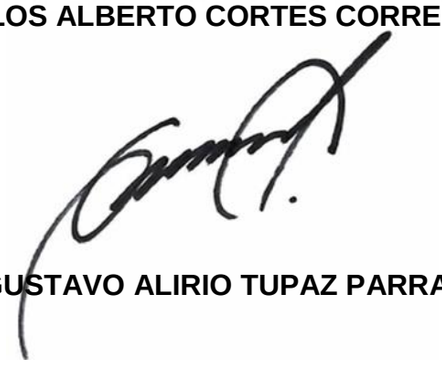
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (RAD. 11 2020 00457 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 SKANDIA, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 07 de septiembre de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 32, récord: 1:47:40),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del régimen pensional efectuado el día catorce (14) de marzo de 1997 por la señora MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. y consecuencialmente el traslado horizontal realizado hacia la AFP SKANDIA S.A. en el año 2001, de conformidad en lo indicado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a las demandadas AFPS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas 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 y fondo de garantía de pensión mínima. En este sentido, la AFP SKANDIA S.A. deberá devolver el valor de la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros y los porcentajes que descontó en su momento para gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendido repito estos gastos de administración como el porcentaje descontado de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, comisiones de administración, seguros previsionales y eventualmente pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN en caso de haberse realizado. Lo que tiene que ver con PORVENIR deberá devolver entonces, dado que ya trasladó en el año 2001 la cuenta de ahorro individual, deberá devolver únicamente esos porcentajes que descontó en su momento de las cotizaciones y que fueron destinadas al Fondo de Garantía de pensión mínima y a los gastos de administración en los mismos términos señalados, pues anteriormente respecto de los gastos de administración.

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y, además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES.*

***CUARTO: ABSOLVER** a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía impetradas por la AFP SKANDIA S.A.*

***QUINTO:** Las excepciones propuestas frente a la demanda se declaran imprósperas.*

***SEXTO: CONDENAR** en COSTAS en esta instancia, respecto de la demanda principal a las sociedades AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 SMLMV, suma que deberá ser asumida en razón de 1 SMLMV por cada una de las AFP condenadas.*

***SÉPTIMO: CONDENAR** en COSTAS respecto del llamamiento en garantía a la AFP SKANDIA S.A. en favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., fijando como agencias en derecho en favor de la llamada en garantía la suma de 1SMLMV.*

***OCTAVO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con lo indicado en el artículo14 de la Ley 1149 de 2007.".*

Inconforme con la decisión, la enjuiciada SKANDIA apeló parcialmente la decisión[1], con relación a devolver todos los conceptos establecidos en el artículo

[1] ***Recurso Skandia (récord: 1:52:03, archivo 32)**: "Siendo esta la etapa procesal correspondiente, interpongo recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, para que el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a retornar todos los conceptos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.*

Sustentó el recurso, que no es factible, que SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., retorne los conceptos descontados conforme el mandato legal, en el artículo 20, porque fue precisamente en virtud de dicho mandato que mi representada realizó el descuento a las comisiones, gastos y seguros previsionales que ya fueron acaecidos a favor del señor demandante, pues como se ha venido indicando en esa clase de procesos, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con ello una serie de obligaciones, puntualmente las que están establecidas en el artículo 20 de 1993 y que su inciso

20 de la Ley 100 del 93 por gastos de administración, es decir, comisiones, primas

---

final incluye que los fondos privados podrán descontar un restante destinado para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de FOGAFIN, seguro de invalidez y sobrevivencia, siendo así las cosas al crearse dicha afiliación de la señora demandante con mi representada se trajo consigo, una destinación específica, los gastos o comisiones de administración se giraron en torno a la administración de la cuenta de ahorro individual y el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes, trajo consigo una serie de obligaciones en caso de sufrir algún siniestro por parte de la afiliada, es decir, que si hubiese sufrido algún siniestro por invalidez y sobrevivientes que se pueda cumplir con los requisitos, bien sea para la pensión de sobrevivencia o para la pensión de invalidez, esta prestación se pudo haber financiado mediante el tiempo de afiliación con Skandia.

Bajo este escenario, es importante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia de la afiliación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado que la consecuencia de esta, es el regreso automático de las cosas, también lo es que (se corta la grabación) de ponderación objetiva en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado mi representada, teniendo en cuenta que esas relaciones mutuas hacen referencia precisamente a que Skandia podría quedarse con los gastos que se invirtieron a favor de la señora demandante, pues si se tiene en cuenta la parte resolutiva, Honorables Magistrados del presente fallo, se debe indicar que también se ordenó el traslado de los rendimientos, rendimientos que se representaron por esos descuentos y esas acciones administrativas con las comisiones para darle un dinero adicional que también se está ordenando trasladar hacia la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, causando así de cierta forma un enriquecimiento sin justa causa, pues no se entiende cómo se pretende, que se trasladen unos aportes y a su vez se desconoce un trabajo, un adicional a la administración de la cuenta de ahorro individual, como fueron los rendimientos que se están ordenando, se desconoce el trabajo administrativo que se realizó a favor de la señora demandante, trabajo que se representa en dineros adicionales y que se cause enriquecimiento sin justa causa a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, toda vez que se está ordenando dicho traslado de rendimientos también.

En segundo lugar, nótese claramente que el artículo 7 del decreto 3995 del año 2008 habla sobre el traslado de recursos y en dicho mandato legal se indica que cuando hay un traslado de recursos el régimen de prima media con prestación definida se deberá incluir el porcentaje correspondiente al fondo de pensión de garantía mínima, como el saldo de la unidad de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y el (inaudible) de garantía mínima multiplicado por el valor de la unidad de las operaciones en el día en que se efectúa el traslado, motivo por el cual pues no es dable trasladar unos descuentos, ya que fueron acaecidos y aún más gravosa la situación de los seguros previsionales Honorables Magistrados, cuando mi representada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, ha actuado siempre de buena fe conforme a la rectitud de la Constitución y la Ley, pues a partir de la fecha de vinculación que realizó la señora demandante mi representada contrato un contrato de aseguramiento en el cual se incluía a la señora demandante para tener más prima de invalidez y sobrevivencia, dichas primas, no son administrados por SKANDIA sino que se hace a través de un tercero, que fue la aseguradora la cual se llamó el día de hoy a juicio también. Por tal motivo, dicho porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir dichos riesgos de invalidez y muerte, y por lo tanto, no se encuentran en las arcas de la AFP que represento, luego entonces, se le causa un deterioro propio, a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, toda vez que se está ordenando devolver dichos emolumentos, se indica que no se podía retornar por la aseguradora, no obstante lo anterior, si los Honorables Magistrados las consideran y confirman el fallo de instancia, solicitó respetuosamente que en cuanto a los seguros previsionales, se estudie que sea la aseguradora Mapfre quien se convocó a juicio y que responda por ellos, pues si se tiene en cuenta que se declaró la ineficacia que la señora nunca permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pues no existió ningún vínculo entre las partes, motivo por el cual la aseguradora MAPFRE nunca tuvo dentro de ese contrato de aseguramiento a la señora demandante para dichos riesgos y motivo por el cual tendría que retornar los descuentos específicos para el caso de la señora, demandante toda vez, que se le causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la aseguradora, como quiera que administró unos dineros que no iban destinados a nombre de ningún afiliado, toda vez que la hoy demandante, pues no se encontró nunca afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Siendo, así las cosas, dejo sentado mi recurso de apelación solicitándole de la manera más respetuosa al Honorable Juez de instancia a concederlo y a los Honorables Magistrados, revocar las condenas acá apeladas, muchas gracias, doctor.".

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y demás descuentos realizados. Esto, teniendo en cuenta que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivo por el cual se trae consigo una serie de obligaciones para las administradoras de pensiones a favor de cada uno de los afiliados que se han establecido en el artículo 20 ibidem.

De la misma manera, expuso, dichas obligaciones hacen referencia a un descuento que se puede realizar por los fondos de pensiones, que es el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de seguros de FOGAFÍN, los temas de seguros de invalidez y sobrevivientes lo que permite inferir que hay una correlación entre deberes y obligaciones. Relató, por parte de los fondos de pensiones se crea la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones conforme a la administración que se hace a la cuenta de ahorro individual y conforme a ese descuento por comisiones y en los seguros provisionales, se debe garantizar que en caso de cumplirse con los requisitos de pensión, de sobrevivencia o de invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y a sus beneficiarios.

Añadió, si bien es cierto, bajo el escenario de la ineficacia la afiliación, las cosas deben declararse o las cosas deben retornar a su estado inicial, lo cierto es que también le corresponde al juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto las restituciones mutuas y la buena fe, enfatizó, debe tenerse en cuenta que SKANDIA recibió a todos los afiliados, debido a los negocios que se realizaron con el fondo de pensiones, asimismo, nunca administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, motivo por el cual se le está causando un perjuicio al devolver unos emolumentos que nunca han estado administrados por la AFP.

En cuanto a los seguros previsionales, solicitó que se estudie que sea la aseguradora Mapfre quien responda por ellos, pues si se tiene en cuenta que se declaró la ineficacia y la demandante nunca permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pues no existió ningún vínculo entre las partes, motivo por el cual la aseguradora MAPFRE nunca tuvo dentro de ese contrato de aseguramiento a la demandante para dichos riesgos y motivo por el cual tendría que retornar los descuentos específicos para el caso de la señora demandante toda vez, que se le causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la aseguradora, como quiera que administró unos dineros que no iban destinados a

nombre de ningún afiliado, toda vez que la actora, no se encontró nunca afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 4 a 5, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 4 ibidem), aspirando:

> **PRIMERA:** Que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima con prestación definida al de ahorro individual administrado por el fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A de fecha 14 de marzo de 1.997.
>
> **SEGUNDA:** Que se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de ahorro individual administrado por el fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A a Skandia de fecha 14 de marzo de 1.997.
>
> **TERCERA:** Que, como consecuencia de los anterior, se ordene al fondo de pensiones SKANDIA S.A., a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro individual de a la afiliada MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ.
>
> **CUARTA:** Que el traslado del capital a Colpensiones, debe incluir el traslado integral de aportes, rendimientos, bonos pensionales si los hay, aportes obligatorios y gastos de administración descontados, comisiones de toda clase, porcentaje con destino al fondo garantía de pensión mínima y las primas de los seguros provisionales.
>
> **QUINTA:** Que se deben devolver con sus pertinentes rendimientos o rentabilidad a que estaban destinados de no haberse producido la salida del ISS- RSPMPD y a cargo del patrimonio propio de la Sociedad administradora del AFP – RAIZ – skandia S.A., debe incluir los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 a cargo de su propio patrimonio, junto con las cotizaciones obligatorias y devolver saldos de cuentas voluntarias a la asegurada si los hay, saldos de cuentas de rezagos de cuestas y de cuentas de no vinculados, remanentes.
>
> **SEXTA**: Que lo anterior debe entregarse junto con la historia laboral en versión semanas cotizadas
>
> **SEPTIMA**: Que se ordene a COLPENSIONES deberá aceptar el traslado de la parte demandante sin solución de continuidad, ni imponerle cargas adicionales.
>
> **OCTAVA**: Se declare y reconozca en favor de la demandante, todo derecho diferente a los pretendidos en esta demanda, siempre y cuando los halle demostrado el Señor Juez del conocimiento, en la aplicación de las facultades extra y ultra petita.
>
> **NOVENA:** Se condene en costas procesales a los fondos demandados.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el día catorce (14) de marzo de 1997 por la señora MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. y consecuencialmente el traslado horizontal realizado hacia la AFP SKANDIA S.A. en el año 2001, se condenó a las demandadas AFPS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas 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 y fondo de garantía de pensión mínima. Aclarando, la AFP SKANDIA S.A. deberá devolver el valor de la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros y los porcentajes que descontó en su momento para gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, entendido repito estos gastos de administración como el porcentaje descontado de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, comisiones de administración, seguros previsionales y eventualmente pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN en caso de haberse realizado. Lo que tiene que ver con PORVENIR ordenó devolver únicamente esos porcentajes que descontó en su momento de las cotizaciones y que fueron destinadas al Fondo de Garantía de pensión mínima y a los gastos de administración en los mismos términos señalados, pues anteriormente respecto de los gastos de administración, asimismo, ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES, absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía impetradas por la AFP SKANDIA S.A. y condenó en COSTAS. **Lo anterior tras considerar**, 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 la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de enero de 1965 *(Archivo 01 expediente digital pág. 12)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de septiembre de 2020 y SKANDIA el 25 del mismo mes y año *(Páginas 18 y 23 a 30, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994[3]-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 176,42 semanas (*Historia Laboral pág. 63, archivo 08 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002,

---

[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]

INFORMACION DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**13/01/1965**
Número de Documento:	**39692023**	Fecha Afiliación:	**14/07/1989**
Nombre:	**MAGDA YANETH GARCIA ORDOÑEZ**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**DIAGONAL 150 35-19**	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
1002408024	ORDO&EZ DE GARCIA ME	14/07/1989	19/02/1991	$54.630	83,71	0,00	0,00	83,71
1008217824	ASEISA LTDA	13/03/1991	20/12/1992	$136.290	92,71	0,00	0,00	92,71
1006300020	LA FENIX DE COLOMBIA	12/04/1994	31/12/1994	$350.000	37,71	0,00	0,00	37,71

para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la 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 **14 de marzo de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo de 1997** *(Páginas 43 y 112 Archivo 01 y 10 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*

> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *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*

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ 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, como lo argumenta Colpensiones, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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.

pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que llegaron los asesores e informaron que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, precisando, no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP 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 28:14, archivo 32:*** *"Hago consultoría en recursos humanos a través de prestación de servicios, no he solicitado la pensión de vejez, en 1997 estaba en Seguro que se convirtió en Allianz, llegaron asesores a la Compañía y nos explicaron que el ISS se acabaría y que deberíamos trasladarnos, además que era mejor estar en una AFP privada, la reunión fue grupal la firma del formulario se hizo masivo, entregaron el formulario y cada asesor se iba oficina por oficina, no recuerdo si pregunté, fue como una charla, no hablaron sobre porcentajes, solo que era más beneficioso la AFP, peor no dijero0n nada más, no recuerdo si dijeron que los dineros se iba a una cuenta, solo dijeron que el ISS se acabaría, no hubo un conocimiento detallado, yo trabajaba a la empresa y nos dijeron luego que SKANDIA era mejor y más interesante por tema de rendimientos, fue atractivo por el tema de rendimientos, eso se daba porque invertían en el extranjero, no me hablaron de cuenta de ahorro individual, dijeron que los aportes voluntarios era para complementar, algo así, no hablaron de comisiones, de pronto en los extractos esta consignado,, siempre informaban por qué era ventajoso hacer el cambio, era como mercadeo, no me acerque a mirar el monto de la pensión en el fondo privado, no me explicaron o dieron ninguna asesoría, eso fue hace más de 20 años, en ese momento no sabía los requisitos de pensión, volví porque soy madre soltera y como ya tengo la necesidad apremiante por prestación de servicios revisé y es mejor Colpensiones, el valor de la mesada no sé, pero es mejor, yo tenía 32 años en esa época, estaba afiliada al ISS, conocía para esa época los requisitos para pensionarme en el ISS, solo me descontaban el aporte pero no preguntaba los requisitos, me dijeron que los dineros se perderían por estar en el fondo público, era mejor el fondo privado porque invertina en el exterior, eso siempre decían, por eso uno se pasaba, yo comencé en el 89 en el ISS, esa plata la iba a manejar el Seguro, no sabía que con ese dinero me iba a pensionar, no dijeron cómo entraría esos aportes a mi cuenta, no dijeron nada del bono pensional, los asesores no indicaron nada sobre el capital, en esa época no hablaban nada de eso, sobre requisitos no hablaron, lo que uno hacia era firmar para que la plata no se perdiera, yo tenía 30 años, era soltera y no pensé que la vejez fuera a llegar, uno se entera de esos por el transcurso de la vida, llegando a los 50 comencé a mirar eso, yo pensaba que era edad y semana son porque tuviera un conocimiento detallado, yo tuve mi hijo a los 41 años, sobre beneficiarios no hablaron porque yo no tenía hijos, no dijeron nada de eso".*

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (*Página 43, 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 precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a 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 **(14 de marzo de 1997, efectivo el 1º mayo 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA y PORVENIR, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia[7], y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez *a quo* deberán **retornar todos los conceptos debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y porcentajes de invalidez y sobrevivencia, objeto de apelación de SKANDIA S.A., 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

---

[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
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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, gastos, comisiones 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 (…)».*

A la par, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos en esta alzada, 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»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (página 31 a 33, *Archivo 08 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas No. 9201407000002 y 9201411900149 (*Archivo 19 expediente digital),* se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones adicionales, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, rendimientos financieros, prima del seguros previsional de invalidez y sobrevivencia y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

---

[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 11 de agosto de 2023 (Archivo 22 expediente digital).

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[11] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago a la beneficiaria, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado,** conforme a 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.

---

[11] ***ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.*** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.*
<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

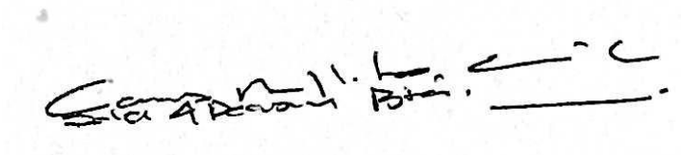
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

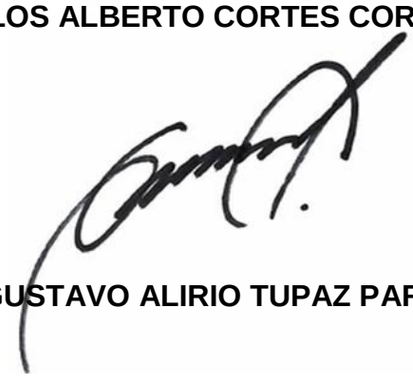
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 INES PRIETO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 11 2021 00225 01).

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

AUTO

se reconoce personería adjetiva a la abogada **LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO**, 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 en la escritura No. 1281, como abogada adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Ahora bien, 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 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de marzo de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 14, récord: 1:48:12),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado el 29 de junio de 1999 por la señora MARÍA INÉS PRIETO GUZMÁN del*

régimen de Prima MEDIA, con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la 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 que en su momento fueron descontados de la cotización y que fueron destinados a gastos de administración y al Fondo de Garantía de pensión mínima, entendido esos gastos de administración como las comisiones de administración, los porcentajes para el pago de primas de seguros de invalidez y de sobrevivientes, y en caso de haberse causado el pago de prima de reaseguros de Fogafin, repito, solo en caso de este haberse causado.*

***TERCERO: ORDENAR** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante, María Inés Prieto Guzmán, al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros obtenidos en este proveído y a computar esos tiempos en la historia laboral de la demandante.*

***CUARTO:** Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas a la sociedad PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en Derecho en favor de la 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 enjuiciada COLPENSIONES apeló la decisión refiriendo que conforme a las pruebas aportadas en la demanda y el respectivo expediente administrativo, la demandante solicitó el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, razón por la cual no era viable retornar a Colpensiones.

Por otro lado, considera que se presenta la existencia de la indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, teniendo en cuenta que los artículos relacionados con el traslado de régimen y la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad recaiga exclusivamente en los fondos y se obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que se exija o exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de las demandantes, quebrando la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera del control sea exclusiva de quien

causó un daño, y ello no es predicable de los traslados del RAIS dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse.

Indica, existen unos deberes mínimos, en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacando para los casos objeto de estudio, el silencio en el transcurso del tiempo por parte de la demandante, lo cual se entiende que fue una decisión consciente y que transcurrió en el tiempo de permanecer al régimen de ahorro individual.

Aduce no es posible si se llegase a declarar la ineficacia del traslado, imponer cargas adicionales a Colpensiones, máxime si se tiene en cuenta que Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz y ello entonces le causa un daño injustificado.

De otra parte, solicita atender el principio de sostenibilidad financiera, pues si el régimen de ahorro individual se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona que cuente ya con la edad o este próximo con la edad se beneficie y resulté subsidiada por las cotizaciones de las demás resulta contrario al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de deficiencia operacional.

Finalmente, expresa que de conformarse la providencia se condicione el cumplimiento de la sentencia, previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuentas abonadas al fondo de pensiones de garantía mínima y gastos de administración y los demás emolumentos que hubiere lugar, los cuales deberán ser reintegrados a Colpensiones debidamente indexados por todo el periodo que permaneció la demandante afiliada al fondo de pensiones Porvenir, ya que su representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto Porvenir reintegre los recursos y se logre la actualización de datos y se actualice su historia laboral *(Exp. Digital: audio archivo 14, récord: 1:54:16[1])*

---

[1] **APODERADA COLPENSIONES**

Su Señoría, muchísimas gracias a continuación, de manera respetuosa me permito Interponer y sustentar el recurso de apelación, en contra de la providencia dictada por su honorable despacho y con el fin de que el

Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral, revoque la decisión tomada en primera instancia y en su lugar absuelva a la mi representada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Aclarando en primer lugar señores magistrados que, si bien se cuenta con el grado jurisdiccional de consulta, por políticas de la entidad, se sustenta el recurso de apelación de la siguiente manera, y en los ítems que se relacionan a continuación:

Primero la prohibición para retornar al régimen administrado por Colpensiones, en segundo lugar, la no configuración de los vicios del consentimiento, en tercer lugar, el no desconocimiento del precedente jurisprudencial y finalmente como cuarto ítem, el principio de sostenibilidad financiera.

Así las cosas, señores magistrados, en cuanto a la prohibición de retornar al régimen de prima media, se tiene que, conforme a las pruebas aportadas en la demanda y el respectivo expediente administrativo, donde las demandantes solicitaron el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, allí le faltaban menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, razón por la cual no era viable retornar a Colpensiones.

Por otro lado, de conformidad con lo expuesto con el juzgador de primera instancia mi representada, se aparta de los argumentos allí expuestos por cuanto se presenta o se considera que se presenta la existencia de la indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta que los artículos relacionados con el traslado de régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad recaiga exclusivamente en los fondos y esta pues se convierta en objetivo a todos los que exige a los demandantes aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de articularse al régimen de ahorro individual, pero sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que se exija o exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de las demandantes.

De conformidad con lo anterior, estas apreciaciones quiebran la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera del control sea exclusiva de quien causó un daño, este aspecto se entiende que no aplica o no es predicable de los traslados del RAIS dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, ello de conformidad con el Decreto 2249 del año 2010, que establece el régimen de atención al consumidor financiero, determinando así las obligaciones en cabeza de los afiliados o los potenciales Pensionados que pertenecen al sistema general de pensiones.

Así de conformidad con este Decreto, existen unos deberes mínimos, en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose para los casos que hoy nos encontramos o son objeto de estudio, el silencio en el transcurso del tiempo por parte de los demandantes, lo cual se entiende que fue una decisión consciente y que transcurrió en el tiempo de permanecer al régimen de ahorro individual.

Señores magistrados, por otro lado es dable manifestar que mi representada no desconoce el Precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, No obstante, pues se debe tener en cuenta que Colpensiones está sujeta a la normatividad jurídica aplicable, luego se tiene que la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre, utiliza la norma de aplicación del deber de información contemplada en el decreto 663; sin embargo, este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 del año 2014 y Decreto 2071 del 2015, por lo cual actualmente los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar efectivamente ese consentimiento libre, voluntario e informado. Es así que las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 2014 no exigía nada nada diferente al documento de afiliaciones y constaba la mera intención de los afiliados de permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo cual consideró mi representada que no es posible una vez o si se llegase a declarar la ineficacia del traslado, imponer cargas adicionales a Colpensiones, máxime si se tiene en cuenta que Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz y ello entonces le causa un daño injustificado.

Finalmente ruego señores magistrados atender el principio de sostenibilidad financiera, pues como ya lo he manifestado en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional, si en el régimen de ahorro individual se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas, pueden obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona que cuente ya con la edad o este próximo con la edad se beneficie y resulté subsidiada por las cotizaciones de las demás resulta contrario al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de deficiencia operacional.

Por todo lo expuesto solicitó respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral revoque la decisión tomada por el fallador de primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones.

Como petición subsidiaria, solicitó a la sala en caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada, en consecuencia, se confirme la providencia, frente a los recursos, que se condicione 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 de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 4 y 5, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 5 a 9ibidem), aspirando se declare la nulidad de la vinculación al RAIS, en consecuencia se condene a Porvenir a devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo lo recibido por la vinculación de la demandante, así mismo se ordene a Colpensiones a registrar y activar la afiliación como también actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 29 de junio de 1999 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., se condenó a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la 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, entendiendo los gastos de administración como las comisiones de administración, los porcentajes para el pago de primas de seguros de invalidez y de sobrevivientes y eventualmente pago de primas de reaseguros de FOGAFÍN en caso de haberse realizado, asimismo,

---

cumplimiento de la sentencia por parte de las corporaciones, previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de las demandantes, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuentas abonadas al fondo de pensiones de garantía mínima y gastos de administración y los demás emolumentos que hubiere lugar, los cuales deberán ser reintegrados a Colpensiones debidamente indexados por el periodo o por todo el periodo que permanecieron las demandantes afiliadas al fondo de pensiones Porvenir, así pues como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto Porvenir reintegre los recursos y se logre la actualización de datos de las demandantes y se actualice su historia laboral.

En igual sentido, solicitó a la sala se confirme la no condena en costas a Colpensiones, toda vez que es tercero que no participó en el acto que se presume ineficaz y se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre dos partes ajenas a Colpensiones.

De esta manera culmino la sustentación del recurso de alzada. Muchísimas gracias.

ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES, y condenó en COSTAS a PORVENIR. **Lo anterior tras considerar**, 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 la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 12 de septiembre de 1958 *(Archivo 01 expediente digital pág. 45)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 10 de diciembre del 2020 y ante COLPENSIONES el 14 de diciembre del 2020 *(Páginas 48 a 54 y 56 a 66, archivo 01 del 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 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 16.29[3]

[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]

semanas (*Historia Laboral pág. 73, archivo 05 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 junio de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de 1999** *(Página 78 Archivo 05 del 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

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 1009857725	PRIETO GUZMAN MARIA INES	LABORAL	ISS	10/07/1991	31/10/1991	114	$165,180	
P 1009857725	PRIETO GUZMAN MARIA INES	MORA	ISS	01/11/1991	31/12/1991	61	$165,180	3072,
C 41498688	NARANJO PATIÑO SARITA BLANCA	LABORAL	POST 94	01/01/1996	31/01/1996	31	$142,125	
C 41498688	NARANJO PATIÑO SARITA BLANCA	LABORAL	POST 94	01/03/1996	30/06/1996	122	$142,125	
C 41498688	NARANJO PATIÑO SARITA BLANCA	LABORAL	POST 94	01/08/1996	31/08/1996	31	$142,125	
N 860013816	SEGURO SOCIAL	LABORAL	POST 94	01/10/1996	31/10/1996	31	$774,413	
N 860013816	INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL	LABORAL	POST 94	01/11/1996	30/11/1996	30	$960,976	
N 860013816	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	LABORAL	POST 94	01/12/1996	31/01/1997	62	$774,413	
N 860013816	I.S.S.	LABORAL	POST 94	01/02/1997	07/02/1997	7	$774,400	

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
175	25.00	61	8.71	0	0.00	489	69.86	61	8.71	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	114	SEMANAS:	16.29	DIAS:	428	SEMANAS:	61.14

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL-1948-2021 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*

[4] *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, como lo argumenta Colpensiones, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la ONG en donde ingresó a laborar, le paso el formulario del fondo de pensiones privado y le dijo que firmara, a lo cual ella accedió pues era indispensable para su vinculación laboral. La actora indica que para ese momento si bien había un asesor de la AFP no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado

[6] Audiencia 31 de marzo del 2023, récord 9:07

de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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 32, Archivo 05 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de junio de 199, efectivo el 1º agosto de 1999),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante 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 impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa 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.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PORVENIR S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez *a quo* deberá **retornar todos los conceptos debidamente indexados** como quiera que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá

[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*

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).

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.

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (página 35 a 37, *Archivo 06 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado,** conforme a 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.

---

[9] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 9 de marzo de 2023 (Archivo 9 expediente digital).*

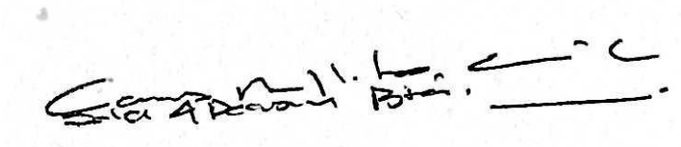
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

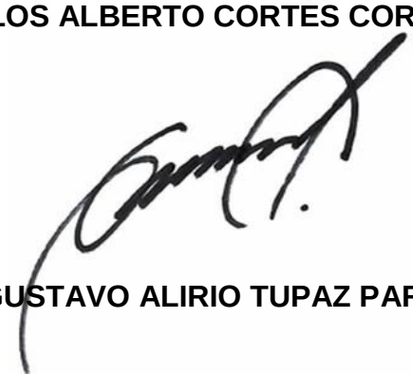
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

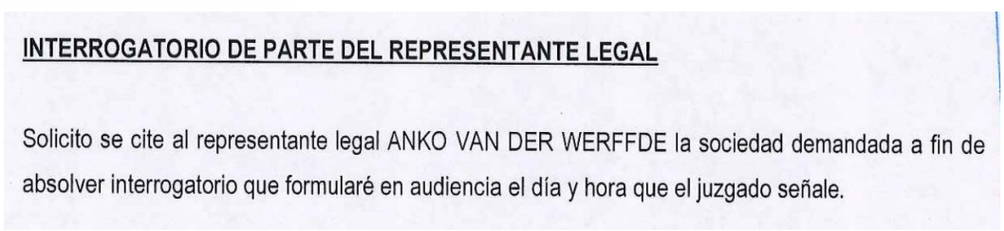
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR REY MARIO RUIZ PEÑA, LINA SAMANTA VELA OÑATE, BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO, JULIÁN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES y JULIÁN ANDRÉS OCAMPO CONTRA AVIANCA S.A. (RAD. 12 2019 00598 01).

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

AUTO

En relación con la solicitud consignada en el recurso de apelación por parte de los demandantes, acerca del decreto de una prueba de oficio, consistente en el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada AVIANCA S.A., 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.T., 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 las actuaciones surtidas en primer grado, se destaca, la parte actora en efecto solicitó dicho medio probatorio en el acápite correspondiente de la demanda (páginas 66, archivo 8.1)[1], siendo esta prueba decretada en la audiencia del 22 de febrero de 2022 (récord 10:21, archivo 30), interrogatorio de parte que se llevó a cabo en la audiencia de que trata el articulo 80 del C.P.T. y .S.S., celebrada el 28 de noviembre de 2022 (archivo 36, récord 09:21 a 15:21), momento procesal que se surtió con las preguntas que formuló el apoderado de los demandantes a la

[1] 
INTERROGATORIO DE PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL

Solicito se cite al representante legal ANKO VAN DER WERFFDE la sociedad demandada a fin de absolver interrogatorio que formularé en audiencia el día y hora que el juzgado señale.

representante legal de la enjuiciada, no siendo dable que en esta oportunidad se solicite nuevamente la práctica de la prueba al considerarse que no fue claro o contundente la declaración o que "no se practicó dicha prueba", pues es claro que ya se ejerció el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a los actores. En suma, dicha prueba ya fue decretada y evacuada y la norma ibidem no contempla la situación planteada en esta alzada.

Por lo anterior, se denegará la solicitud impetrada.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida por el Juez (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de noviembre de 2022 *(expediente digital, archivo 37, récord: 13:42),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre REY MARIO RUIZ PEÑA y AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 16 de diciembre de 2015 y hasta el 15 de diciembre de 2018, en el que desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, y finalizó por expiración del plazo pactado; que entre LINA SAMANTA VELA OÑATE y AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo a término fijo desde el*

16 de diciembre de 2015 y hasta el 15 de diciembre de 2018, en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, y que finalizó por expiración del plazo pactado; que entre BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO y AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 01 de abril de 2016 y hasta el 31 de marzo de 2019, en que el actor, desempeñó el cargo de tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado; que entre JULIÁN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES y AVIANCA S.A existió un contrato de trabajo a término fijo desde el desde el 01 de mayo de 2015 y hasta el 30 de abril de 2019, en el que desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, y que finalizó por expiración del plazo pactado; y que entre JULIÁN ANDRÉS LEÓN OCAMPO y AVIANCA S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo desde el desde el 01 de mayo de 2015 y hasta el 30 de abril de 2019, en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada AVIANCA S.A, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por REY MARIO RUIZ PEÑA, LINA SAMANTA VELA OÑATE, BRAYAN STEVEN ÁVILA BIOJO, JULIÁN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES, y por JULIAN ANDRÉS LEÓN OCAMPO, conforme la parte considerativa de la providencia.*

***TERCERO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones invocadas por la parte demandada.*

***CUARTO: CONDENAR** en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la parte demandante y a favor de la demandada en la suma de $1.000.000.*

***QUINTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de los demandantes.".*

Inconforme con la decisión la parte actora presentó recurso de apelación[2], manifestando, la decisión judicial incurrió en un defecto sustantivo y fáctico, por

[2]***Recurso Demandantes (archivo 37, récord: 16:31): "****Sí, su Señoría de manera atenta y respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión, la cual sustentaré brevemente conforme a las siguientes consideraciones.*

Considera el suscrito apoderado, la decisión judicial objeto del presente recurso incurre en defecto fáctico, por una parte, en un defecto sustantivo y en un defecto fáctico, incurre la sentencia en cuanto se ha dejado de practicar en debida forma, una prueba que nos hubiera podido evidenciar las circunstancias en las cuales, en efecto, concurrió la terminación del contrato a término fijo y allí quiero hacer referencia frente a la práctica del interrogatorio del representante legal de AVIANCA S.A., el suscrito apoderado, efectuó unas preguntas tendientes a determinar unas circunstancias contextuales en las cuales se dio esa terminación del contrato, las cuales directamente influían en la ineficacia que derivaba esos despidos, porque no puede entenderse la terminación de un contrato a término fijo, como una relación simple y llanamente bilateral, cuando estamos hablando aquí de un contexto y en el cual se encontraba una negociación colectiva de manera tal que era importante y determinante en circunstancias que o confirmarán o desvirtuarán que Avianca objetivamente dio por terminadas sus contratos de trabajo, como bien reitero, en estos alegatos lo ha indicado la sentencia SL-1883 de 2020, que es que no basta simplemente con una interpretación formalista y exegética, sin tener en cuenta la finalidad que tiene el fuero circunstancial y por lo cual debe configurarse las causas objetivas y verificables con el fin de determinar que, en efecto, la voluntad de la compañía fue objetiva y no precisamente alterar una negociación colectiva. De manera tal, que se ha dejado de practicar una prueba y en la cual se hubiera podido determinar esas circunstancias objetivas y subjetivas y pues conforme a lo indicado en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, y considera el suscrito apoderado, debe ser ello objeto de revisión y debe ser objeto de la práctica de la prueba, por parte del fallador en segunda instancia. También incurre la decisión en un defecto sustantivo, en cuanto inaplica jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, es decir, estamos hablando de la jurisprudencia que tiene uno de los mayores valores normativos, tan es así que es una de ellas las causales por las cuales se puede anular una decisión tomada por la Corte Constitucional, no siendo otro precedente el que tenga esa fuerza, esta se sentó por la Sala, por tanto, constituye doctrina constitucional y me refiero a la sentencia SU-1067 del año 2000, la

cuanto se ha dejado de practicar en debida forma una prueba que hubiera podido evidenciar las circunstancias de la terminación del contrato a término fijo, puntualmente la práctica del interrogatorio del representante legal de AVIANCA S.A., dicho extremo efectuó unas preguntas tendientes a determinar unas circunstancias contextuales en las cuales se dio esa terminación del contrato, las cuales directamente influían en la ineficacia que derivaba esos despidos, porque no puede entenderse la terminación de un contrato a término fijo, como una relación simple y bilateral, cuando existía una negociación colectiva, de manera tal que era importante y determinante desvirtuar que Avianca objetivamente dio por terminados los contratos de trabajo, como bien lo ha indicado la sentencia SL-

---

cual sí tuvo la oportunidad de revisar un caso en el cual se dio terminación unilateral del contrato a término fijo, precisamente estando en negociación colectiva un sindicato y contrario a lo descrito por el despacho, indica la Corte Constitucional en una sentencia de unificación, repito que constituye doctrina probable, que es viable la aplicación de la garantía del fuero circunstancial en los contratos a término fijo y no podría ser otra interpretación, pues reitero nuevamente las sentencia SL-1883 de 2020, que no basta con una interpretación formalista y exegética del artículo 25 del Decreto 2531 de 1965, tenemos que garantizar el derecho de negociación colectiva que está reglamentado por normas de carácter superior, como los convenios 87 y 98 de la OIT, que están inmersos en nuestro bloque de constitucionalidad, está entonces en su obligación el despacho evidenciando un conflicto colectivo, el cual por demás, en la sentencia se puso de presente que no hay discusión de su existencia, evidenciar que, en efecto, no se vulneren las garantías de los trabajadores de su estabilidad en el empleo, en dicho proceso de negociación, pues siendo de otra manera, podría conllevar esa interpretación que se hace en la sentencia, al abuso del derecho en los contratos a término fijo, conlleva entonces a brindarle emplear una herramienta para precisamente poder decidir no renovar los contratos a término fijo y así extinguir la negociación colectiva porque es una causal que se advierte el despacho es objetiva y válida para que se haga en un contexto de una negociación colectiva.

De manera tal en que el despacho. vaya en contravía de este precedente judicial importante, para para proteger el derecho de negociación colectiva, también a su vez, se advierte que es un fallo que es contrario al precedente sentado en la sentencia SL-1883 de 2020, la cual me he referido reiteradamente y nos implica precisamente que no se puede abusar de la figura del contrato a término fijo y es una labor del juez verificar, en efecto, que elementos concurrieron para que se diera esa terminación, no es automática y no comparte el suscrito apoderado dicha interpretación con base precisamente en estos pronunciamientos judiciales, uno de los cuales constituye doctrina constitucional.

Es así, su señoría que doy por sustentado el presente recurso, a efectos de que no solamente en gracia de grado jurisdiccional de consulta, se revise el presente fallo, sino que también en la segunda instancia primero se revisen los defectos sustantivos en los cuales ha incurrido y de considerarlo de esa manera, también se proceda a practicar las pruebas dejadas de practicar, es decir, se permita a un interrogatorio de parte que permita evidenciar todas las circunstancias que constituyen el problema jurídico que aquí se fijó y me quiero por último, su señoría, referir a lo indicado por el mismo despacho en la fijación del litigio en la audiencia previa y del artículo 77 que nos antecede, "en lo cual se indicó a minuto 9:24 de dicha audiencia, considera el despacho que el problema jurídico a resolver en este proceso se centrará a determinar si es viable ordenar la ineficacia del despido alegado sin justa causa por los demandantes y su eventual reintegro a un cargo de igual o superior categoría, de igual manera se deberá estudiar la procedencia de las demás pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda o contrario sensu, se deberá dar viabilidad a las excepciones por la parte pasiva"

Es así que, entonces la fijación del litigio se encontraba precisamente a determinar aquello que estaba dentro de las pretensiones de la demanda, no excluyéndose ninguna de las pretensiones del presente debate, y es así su señoría, como pues debía verificarse todos los elementos que concurrían dentro de este conflicto colectivo, para que se haya dado por terminado el contrato y no simplemente hablar de la relación individual, como si hubiese sido bilateral la terminación del contrato a término fijo.

Doy por sustentado en mis alegatos en esos términos. muchas gracias al despacho, muchas gracias a los presentes.".

1883 de 2020, no basta simplemente con una interpretación formalista y exegética, sin tener en cuenta la finalidad que tiene el fuero circunstancial y por lo cual debe configurarse las causas objetivas y verificables con el fin de determinar que, en efecto, la voluntad de la compañía fue objetiva y no precisamente alterar una negociación colectiva.

Añadió, se ha dejado de practicar una prueba que hubiera podido determinar esas circunstancias objetivas y subjetivas y conforme a lo indicado en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo, debe ser ello objeto de revisión y debe ser objeto de la práctica de la prueba, por parte del fallador en segunda instancia.

Agregó, también incurre la decisión en un defecto sustantivo, en cuanto inaplica jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, es decir, se habla de la jurisprudencia que tiene uno de los mayores valores normativos, constituyendo doctrina constitucional la sentencia SU-1067 del 2000, la cual tuvo la oportunidad de revisar un caso en el cual se dio la terminación unilateral del contrato a término fijo estando en negociación colectiva un sindicato y contrario a lo descrito por el *a quo,* indica la Corte Constitucional que es viable la aplicación de la garantía del fuero circunstancial en los contratos a término fijo y no podría ser otra la interpretación, no basta con una interpretación formalista y exegética del artículo 25 del Decreto 2531 de 1965. En su sentir, se debe garantizar el derecho de negociación colectiva que está reglamentado por normas de carácter superior, como los convenios 87 y 98 de la OIT, que están inmersos en el bloque de constitucionalidad.

Alegó no se deben vulnerar las garantías de los trabajadores frente a la estabilidad en el empleo en dicho proceso de negociación, pues siendo de otra manera, podría conllevar a un abuso del derecho en los contratos a término fijo, lo que conlleva a emplear una herramienta para decidir no renovar los contratos a término fijo y así extinguir la negociación colectiva porque es una causal que se advierte objetiva y válida para que se haga en un contexto de una negociación colectiva, siendo la labor del juez verificar qué elementos concurrieron para que se diera la terminación.

Insistió, se debe proceder a practicar el interrogatorio de parte que permita evidenciar todas las circunstancias que constituyen el problema jurídico que aquí

se fijó, pues en la fijación del litigio en el minuto 9:24 de dicha audiencia, se dijo *"se debe determinar si es viable ordenar la ineficacia del despido alegado sin justa causa por los demandantes y su eventual reintegro a un cargo de igual o superior categoría, de igual manera se deberá estudiar la procedencia de las demás* pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda o contrario sensu, se deberá dar viabilidad a las excepciones por la parte pasiva".

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes REY MARIO RUIZ PEÑA, LINA SAMANTA VELA OÑATE, BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO, JULIÁN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES y JULIÁN ANDRÉS OCAMPO, las pretensiones relacionadas en la demanda *(expediente digital, archivo 8.1 CDFolio1037, páginas 8 a 10)*, las cuales se soportaron en los supuestos fácticos descritos a páginas 1 a 7, ibidem, encaminadas a que se declare:

PRIMERO: Se declare que los señores REY MARIO RUIZ PEÑA, LINA SAMANTA VELA OÑATE, BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO, JULIAN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES, JULIAN ANDRES LEON OCAMPO son afiliados o socios de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMAS TRABAJADORES DE INDUSTRIA DEL SECTOR AEREO COLOMBIANO - ACAV.

SEGUNDO: Se declare que la organización sindical la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMAS TRABAJADORES LA INDUSTRIA DEL SECTOR AEREO COLOMBIANO - ACAV., presento pliego de peticiones a la sociedad demandada AVIANCA S.A. el día 7 DE NOVIEMBRE DEL 2018.

TERCERO: Se DECLARE que, para la fecha de los despidos de los actores, el conflicto colectivo promovido con ocasión del pliego de peticiones presentado por la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMAS TRABAJADORES LA INDUSTRIA DEL SECTOR AEREO COLOMBIANO - ACAV., estaba vigente, conforme a lo preceptuado en el decreto 2351 de 1965 artículo 25 y el decreto 1373 de 1966 artículo 10.

CUARTO: Se DECLARE que los actores fueron despedidos sin justa causa por la empresa AVIANCA S.A., estando vigente el conflicto colectivo promovido por la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMAS TRABAJADORES DE INDUSTRIA DEL SECTOR AEREO COLOMBIANO - ACAV.

QUINTO: Se DECLARE que no existió justa causa debidamente comprobada por AVIANCA S.A., para despedir a los actores.

SEXTO: Se DECLARE que el despido de los actores fue con violación del debido proceso y la legitima defensa.

SEPTIMO: se DECLARE nulo o ineficaz el despido de los demandantes, efectuado por la demandada AVIANCA S.A.

OCTAVO: Se DECLARE la no solución de continuidad del contrato de trabajo de los actores, mientras el tiempo que duro cesante.

NOVENO: Se CONDENE a la empresa demandada AVIANCA S.A., a reintegrar o reinstalar a los señores REY MARIO RUIZ PEÑA, LINA SAMANTA VELA OÑATE, BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO, JULIAN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES, JULIAN ANDRES LEON OCAMPO, al mismo cargo que venían desempeñando al momento del despido, esto es al cargo de TRIPULANTE DE CABINA DE PASAJEROS o a uno de igual o superior categoría, que venía ocupando hasta la fecha del despido, en las mismas o mejores condiciones laborales y salariales.

DECIMO: Se CONDENE a la empresa demandada Avianca S.A., a pagar al actor el mayor valor correspondiente a:

a) los salarios dejados de percibir.

b) primas legales y extralegales.

c)tiquetes de vacaciones correspondientes al último año laborado.

d) demás beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo y los establecidos en la sentencia T-069 de 2015.

e) las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales. Las anteriores sumas con los respectivos incrementos legales y extralegales causados desde la fecha del despido hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

UNDECIMA: Se CONDENE a la demandada a pagar todos los conceptos con los respectivos incrementos convencionales y con la correspondiente indexación desde la fecha en que fueron causados hasta cuando efectivamente se paguen.

DUODÉCIMO: Se CONDENE a la demandada a pagar a los demandantes, los perjuicios morales y materiales causados como consecuencia de la desvinculación injusta e ilegal, valor que deberá ser indexado de acuerdo con el IPC, conforme al artículo 16 del Decreto 446 de 1998.

DECIMOTERCERO: Se CONDENE al pago de los intereses corrientes e intereses moratorios sobre las sumas que resulten condenado.

DECIMOCUARTO: Se CONDENE a la demandada ultra y extra patita.

DECIMOQUINTO: Se CONDENE en costas a la demandada

Subsidiariamente, los actores reclamaron:

DECIMOSEXTO: Subsidiariamente de las peticiones de reintegro o reinstalación y sus efectos jurídicos y económicos, solicito se condene a la demandada a pagar el valor correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, suma que será indexada desde la fecha del despido hasta cuando efectivamente sea pagada al actor.

DECIMOSEPTIMO: Se CONDENE a la demandada a pagar el valor correspondiente a la indemnización consagrada en el artículo 65 el Código Sustantivo de Trabajo, correspondiente a un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses y posteriormente a éste tiempo el valor de los intereses más altos de la suma resultante de la liquidación final de prestaciones sociales y salarios dejados de pagar de conformidad a las leyes laborales vigentes.

DECIMONOVENO: Se CONDENE al pago de los intereses corrientes e intereses moratorios sobre las sumas que resulten condenado.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable por cuanto se absolvió a la sociedad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a los demandantes. **Lo anterior tras considerar el *a quo***, no existe discusión del contrato de trabajo que existió entre los demandantes y la encartada, asimismo, está acreditado que se inició conflicto colectivo de trabajo entre la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo y demás trabajadores de la industria del sector aéreo colombiano ACAV y Avianca S.A. el 07 de noviembre de 2018, momento en el cual se encontraban vigentes los contratos de trabajo de los demandantes. Igualmente, estimó, los demandantes al momento del inicio del conflicto colectivo ya eran parte de la organización sindical ACAV.

Al analizar los motivos de terminación de los contratos sostenidos, concluyó, no es dable afirmar que los demandantes gozaban de la protección foral circunstancial, dado que, la terminación del vínculo fue de carácter legal y válida y no asimilable al despido, por lo que la demandada no incurrió en la prohibición del artículo 25 del decreto 2351 de 1965, en la medida que el despido no existió y, por ende, no se puede afirmar una justa o injusta causa, tesis aceptada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2995-2020 al respecto, indicó: "*La expiración del plazo fijo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino una modalidad o forma de ponerle fin al vínculo contractual -no es asimilable al despido".*

Con el fin de resolver el problema jurídico sometido a consideración de la Sala, se recuerda, mediante esta demanda los promotores de esta litis pretenden se declare que al momento del despido gozaban de fuero circunstancial, atendiendo que, para ese momento, la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo y demás Trabajadores de la Industria del Sector Aéreo Colombiano ACAV había presentado pliego de peticiones a la sociedad AVIANCA S.A.

En primer lugar, es absolutamente claro para la Sala, que el mínimo requisito que debe cumplir, quien pretenda el mentado amparo foral, consiste precisamente en ostentar la calidad de trabajador de la sociedad ante la cual se presentó el pliego de peticiones y que se encuentra en conflicto colectivo, aspecto éste sobre el cual no existe controversia, en la medida que la enjuiciada AVIANCA S.A. al dar respuesta a los hechos 1, 2 y 3, relacionados con cada uno de los demandantes

(archivo 18, páginas 1 a 49, admitió las siguientes vinculaciones a través de un contrato de trabajo a término fijo, así:

a) Entre REY MARIO RUIZ PEÑA desde el **16 de diciembre de 2015 y hasta el 15 de diciembre de 2018,** en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

b) Entre LINA SAMANTA VELA OÑATE desde el **16 de diciembre de 2015 y hasta el 15 de diciembre de 2018**, en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

c) Entre BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO desde el **01 de abril de 2016 y hasta el 31 de marzo de 2019,** en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

d) Entre JULIÁN GUSTAVO SUZUNAGA CHAVES desde el **01 de mayo de 2015 y hasta el 30 de abril de 2019**, en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

e) Entre JULIAN ANDRÉS LEÓN OCAMPO desde el **01 de mayo de 2015 y hasta el 30 de abril de 2019**, en que el desempeñó el cargo tripulante de cabina de pasajeros, el cual finalizó por expiración del plazo pactado.

Igualmente, admitió la enjuiciada que los demandantes se desempeñaron como tripulante de cabina de pasajeros y que el contrato culminó por expiración del plazo fijo pactado (hechos 6, 7, y 8, relacionados con cada demandante, páginas 2 a 6, archivo 8.1.), aunado a los siguientes documentos aportados:

- **REY MARIO RUIZ PEÑA:** Contrato de trabajo fijo inferior a u año, certificación laboral donde informa salario de $1.542.030, carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 15 de noviembre de 2018 y liquidación final de acreencias laborales (páginas 23 a 30, archivo 18).

- **LINA SAMANTA VELA OÑATE:** Contrato de trabajo fijo inferior a un año, certificación laboral donde informa salario de $1.542.030, carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 15 de noviembre de 2018 y liquidación final de acreencias laborales (páginas 31 a 39, archivo 18).

- **BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO:** Contrato de trabajo fijo inferior a un año, certificación laboral donde informa salario de $862.783, carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 28 de febrero de 2019 y liquidación final de acreencias laborales (páginas 39 a 46, archivo 18).

- **JULIÁN GUSTAVO SUZUGANA CHAVES:** Contrato de trabajo fijo inferior a un año, certificación laboral donde informa salario de $862.783, carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 29 de marzo de 2019 y liquidación final de acreencias laborales (páginas 47 a 55, archivo 18).

- **JULIÁN ANDRÉS LEÓN OCAMPO:** Contrato de trabajo fijo inferior a un año, certificación laboral donde informa salario de $862.783, carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 29 de marzo de 2019 y liquidación final de acreencias laborales (páginas 56 a 63, archivo 18).

Por lo anterior, es claro que la existencia de un contrato de trabajo no está en discusión y, por tanto, los demandantes ostentaban la calidad de trabajadores. Aunado a ello, se destaca, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo al siguiente tenor:

> *"Mediante la presente le comunicamos que la Compañía ha decidido no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo pactado suscrito con usted (...) y, en consecuencia, terminar el vínculo laboral a partir de la finalización de la jomada del día (...).*
>
> *En consecuencia, le solicitamos comedidamente el día (...) hacer entrega de todos los implementos que le fueron facilitados para e! desempeño de sus funciones, y ponerse en contacto con el Área de Compensación y Nómina para lo relacionado con el pago de sus prestaciones sociales correspondientes.*
>
> *Finalmente, expresamos la gratitud que nos asiste por el trabajo adelantado con la Empresa durante su permanencia en ella.".*

Por otra parte, en autos se encuentra acreditada la existencia de la organización sindical ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMÁS

TRABAJADORES DE INDUSTRIA DEL SECTOR AÉREO COLOMBIANO "ACAV", identificada con personería jurídica No. 00379 del 07 de abril de 1961 (página 55, archivo 03), así como la existencia de un conflicto colectivo invocada por la referida Organización Sindical y la empresa AVIANCA S.A., pues con las documentales aportadas al plenario se extrae que se denunció parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo, mediante escrito de fecha 07 de noviembre de 2018 (páginas 66 a 71, archivo 03), iniciando negociación el **1º de marzo de 2019 hasta el 20 de marzo de 2019** (acta de instalación, páginas 75 a 77, archivo 03), convocándose a Tribunal de Arbitramento el **05 de abril de 2019** (páginas 266 a 267, archivo 07).

En este mismo sentido, los demandantes se encontraban afiliados a la Organización Sindical "ACAV" desde las fechas que a continuación se relacionan, tal como lo certificó el sindicato y lo aceptó la enjuiciada:

1. **REY MARIO RUIZ PEÑA:** Desde el 2 de octubre de 2018, hecho 4º , archivo 8.1, siendo aceptada esta situación por la demandada al contestar la demanda.

2. **LINA SAMANTA VELA OÑATE:** Desde el 25 de julio de 2017**.** página 18 y 21, archivo 01.

3. **BRAYAN STEVEN AVILA BIOJO:** Desde junio de 2017. Página 08, archivo 03, página 81, archivo 03.

4. **JULIÁN GUSTAVO SUZUGANA CHAVES:** Desde julio de 2016, página 7, archivo 07.

5. **JULIÁN ANDRÉS LEÓN OCAMPO:** Desde abril - mayo de 2016, página 7 y 82, archivo 05.

Lo anterior conduce a esta Sala a concluir, en efecto, **al momento de producirse el despido** de los demandantes, la sociedad AVIANCA S.A. se encontraba en pleno proceso de negociación colectiva con el sindicato ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO Y DEMÁS TRABAJADORES DE INDUSTRIA DEL SECTOR AÉREO COLOMBIANO "ACAV", iniciando la misma el

1º de marzo de 2019, no siendo controvertido por la demandada en su contestación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones de los demandantes derivan de la declaración dirigida a que, para la fecha de la terminación del contrato se encontraban cobijados por el amparo de fuero circunstancial, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que reza:

> *"ARTICULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto."*

En ese mismo sentido, el Decreto Único Reglamentario 1072 del 2015 en su artículo 2.2.2.1.9. recopiló lo establecido en el Decreto 2351 de 1965 y en el Decreto 1373 de 1966 consagrando: "*La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso."* (Subrayado fuera de texto)

Al tenor de la disposición normativa en cita, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despida sin justa causa comprobada, **a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones,** garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso 3º del artículo 36 del Decreto 1469[3], la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese lapso.

Ahora, a los demandantes les fue comunicada la decisión de no prorrogar el vínculo antes de su vencimiento aportándose la respectiva misiva, como se advirtió anteriormente, lo cual se constituye en causa legal, de conformidad con

[3] *"La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso"*

literal c) del artículo 61 del C.S.T., de tal forma, para los casos en que se presenta una causa legal de terminación como lo es la expiración del plazo fijo pactado, la máxima corporación ha indicado desde vieja data, siendo reiterada en sentencia SL228 de 2023:

> *"En este de orden ideas, se precisa que la garantía foral de la cual se discute su procedencia en este caso limita la facultad del empleador para despedir al trabajador durante la vigencia del conflicto colectivo cuando no exista una justa causa,* ***más no crea la obligación de renovar un contrato de trabajo en el que previamente se pactó entre las partes un término de duración,*** *pues la no renovación por expiración del plazo acordado es una forma legal y válida de terminación no asimilable al despido, no cuenta con dicha connotación, lo que lleva a concluir que la demandada no incurrió en la prohibición del artículo 25 del decreto 2351 de 1965, en la medida que el despido no existió y por ende, no se puede afirmar una justa o injusta causa. Al respecto la Corte en sentencia CSJ SL2995-2020 dijo que:* ***«expiración del plazo fijo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino una modalidad o forma de ponerle fin al vínculo contractual no es asimilable al despido****»*
>
> *Con relación a la procedencia de la garantía foral en contratos a término fijo esta Corporación en providencia CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34142, explicó:*
>
> > *[…] en tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.*
> >
> > *En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical.*
> >
> > *En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas.*
>
> ***En consecuencia, cuando la causa de finalización del contrato de trabajo a término fijo se dé con ocasión al cumplimiento del plazo pactado entre las partes, independientemente de que el trabajador se encuentre aforado, no vulnera el derecho de negociación colectiva, sin que el empleador este obligado a renovar dicho contrato.".*** *(Negrilla de la Sala).*

En estos términos, es claro que, en lo que respecta a los contratos a término fijo la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical no

puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, como se anhela en esta litis, porque **lo que prohíbe el artículo 25 del Decreto 2351 del 65, es el despido,** supuesto fáctico que no se da cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos de terminación establecido legalmente, como lo es el fenecimiento de la relación laboral por cumplimiento del plazo que, por consenso, acordaron las partes.

Sea del caso destacar, la sentencia renombrada por el recurrente – CSJ SL1883-2020- no aplica al caso bajo estudio ya que se trata de un problema jurídico originado en el sistema de seguridad social, siendo entonces una litis de diferentes supuestos fácticos y jurídicos, pues el litigio aquí ventilado gira en torno a la procedencia del fuero circunstancial y no pensional.

En punto al recurso de apelación, adviértase, en igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T116-2009 y la T592 del mismo año, entre otras, en las que manifestó que el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto a los trabajadores aforados, siempre y cuando cumplan con todas las exigencias y condiciones que establece la ley para su terminación; en consecuencia, ante el advenimiento del término de duración del contrato de trabajo pactado entre Avianca S.A. y los demandantes, la protección foral pregonada NO tiene vocación de prosperidad, razón necesaria y suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio del recurso de apelación interpuesto por el extremo activo, procediendo a confirmar la sentencia proferida por el *a quo.*

COSTAS en esta instancia a cargo de los demandante.

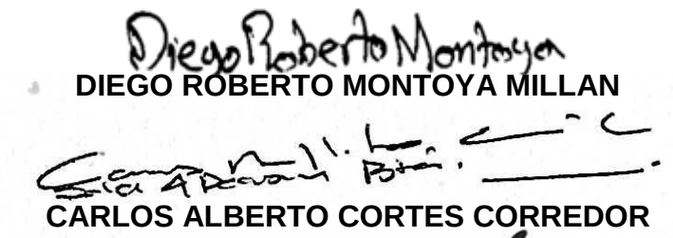
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

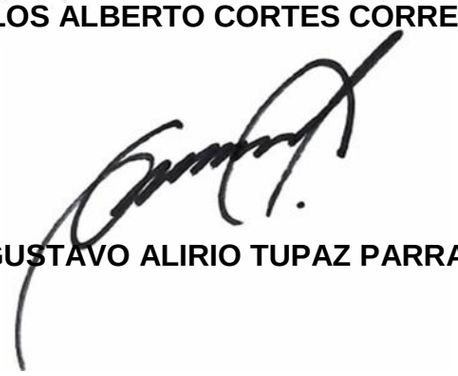
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

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 MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DENNIS EDUARDO GUALDRÓN SILVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2023 00035 01)

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

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 15 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 11 de septiembre de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital récord: 1:40:35),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante **DENNIS EDUARDO GUALDRÓN SILVA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 26 de julio del año 1999, a través de la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la dicha **AFP PORVENIR S.A** donde se encuentra actualmente afiliado el señor demandante, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual y que haya descontado de las mismas, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo lo anterior con destino a la Administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES,** a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva y como consecuencia natural de esta ineficacia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR no demostradas** las excepciones propuestas por las partes demandadas.*

> *Si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PORVENIR** para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** a favor ni en contra de **COLPENSIONES**, conforme se expuso en la parte motiva.''.*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presentó recurso de apelación, manifestando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la ineficacia del traslado, no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática sino que depende de que las falencias de la información o inexistencia de consentimiento informado, hubieran producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado, simplemente porque pasado el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Precisa dentro del presente asunto se demostró que en el traslado de régimen dado en el año 1999 surgió el respeto a los principios fundamentales de la autonomía, voluntad y la libre escogencia del régimen, dado que fue el demandante quien de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación, advirtiendo con dicho cambio se ratifica la intención de afiliación y continuación en el RAIS ya que en los aportes al sistema realizados por más de 20 años a se debe entender la voluntad nítida del señor Dennis Eduardo de cotización con el régimen de ahorro individual.

Señala que para el año 1999 se imponía el deber de los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, el cual consistía precisamente en eso, suministrar información y no dejar constancia de ese suministro de información, dado que la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, solicitando por ende revocar la sentencia de primer grado y no imponer costas a su cargo, dado que es un tercero invitado al pleito que nada tuvo que ver con el traslado.

Aduce que de confirmarse la decisión se mantenga la condena impuesta a la AFP Porvenir, en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es, los recursos de la cuenta individual, los abonados al Fondo

de Garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas por administración de la cuenta individual, solicitando se condicione el cumplimiento del fallo, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP Porvenir reintegre los recursos y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos. *(Audiencia virtual, archivo 14 expediente digital récord: 1:42:54[1])*

---

[1] **APODERADA COLPENSIONES**

Gracias Señoría, estando dentro del término otorgado para ello me permitió interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos:

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la ineficacia del traslado, no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática en consultas sino que depende de que las falencias de la información o inexistencia de consentimiento informado, hubieran producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado, dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado, simplemente porque pasado el tiempo, su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

Analizar las circunstancias particulares de este caso en concreto, se demostró que el traslado de régimen que se presentó en el año en 1999 surgió el respeto a los principios fundamentales de la autonomía, voluntad y la libre escogencia del régimen, toda vez que lo plasmado en la demanda y la respuestas dadas el señor Dennis Eduardo en interrogatorio de parte es posible llegar a las siguientes conclusiones: Instituto de Seguros Sociales o el cuerpo pensiones nunca le sugirió o requirió cambiarse de régimen, Porvenir brindó asesoría directa al señor Dennis Eduardo a través de sus funcionarios, previo a la realización del traslado, si bien los funcionarios de porvenir no coaccionaron al señor Denis Eduardo para que se cambiara de régimen, fue el quien de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación, fue tan claro el suministro de la información que el señor Dennis Eduardo no requirió mayor información, ni mucho menos está le fue negada.

Con el cambio de entidad que hizo el señor Denis Eduardo en el año de 1999 a Porvenir se ratifica en la intención de afiliación y continuación en el RAIS. Por lo que todo lo anterior ha de entenderse que no hubo falencias en la información, ni mucho menos la falta de un consentimiento informado, sino que lo que aquí se presenta es una inconformidad del tema tal porque su plan de pensiones no resultó acorde con sus aspiraciones, además de haberse presentado algún tipo de licencia en el traslado, situación, que no fue probada en el proceso, la misma ya se encuentra saneada ya que en los aportes al sistema realizados por más de 20 años a entenderse la voluntad, nitidez del señor Dennis Eduardo de cotización con el régimen de ahorro individual.

Para finalizar respecto de la carga de la prueba sin este extremo procesal, comparte y respeta lo manifestado por su Señoría respecto a que la carga se traslada a las demandadas, no es posible seguir sin exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año de 1999 imponía el deber de los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz. El deber consistía precisamente en eso, suministrar información, no dejar constancias sin suministro de información, dado que la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado, porque exigirse documento adicional al formulario de afiliación al allegado es una carga desproporcionada para la demandada.

Por lo anterior, respetuosamente se solicita el fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda y absolver a Colpensiones, así como a no imponer costas a cargo del Colpensiones, dado la buena fe con la que ha actuado esta entidad y en que la misma solo es un tercer invitado al pleito, ya que nada tuvo que ver Colpensiones del traslado del régimen realizado.

Sin embargo, en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP Porvenir, en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es, los recursos de la cuenta individual, otras abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas por administración de la cuenta individual. Asimismo, les solicitó a los honorables magistrados se condicione previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a la AFP, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP Porvenir reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos. Muchas gracias su Señoría.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 5 y 6, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 4, ibidem),* aspirando se declare la ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, en consecuencia se trasladen los aportes junto con los rendimientos a COLPENSIONES sin deducciones por costos administrativos o fondo de solidaridad, se ordene a Colpensiones recibir dichos valores y actualizar la historia laboral activando su afiliación en el RPM, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandantes del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día **26 de julio de 1999** a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y como consecuencia de lo anterior se ordenó a dicha AFP a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los **rendimientos, gastos de administración** previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las **comisiones** que le haya descontado, el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima** con destino a la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, asimismo, ordenó que Colpensiones reciba dichos recursos, reactive la afiliación del demandante y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Igualmente, condenó en costas a PORVENIR y absolvió a Colpensiones. **Lo anterior tras considerar,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del demandante el 8 de junio de 1959 *(Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 87, Archivo 01 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 22 de septiembre del 2022 *(páginas 55, 58 a 60 del 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 **426.15** semanas cotizadas al sistema *(Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 5 expediente digital página 132)*[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.

---

[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]

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2023
ACTUALIZADO A: 23 marzo 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**08/06/1959**
Número de Documento:	**91204223**	Fecha Afiliación:	**01/01/1986**
Nombre:	**DENNIS EDUARDO GUALDRON SILVA**	Correo Electrónico:	**ch.yacota@hotmail.com**
Dirección:	**DIAG 146N 34-54**	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
13016103892	GUALDRON SILVA DENNI	01/01/1986	31/07/1989	$39.310	186,86	0,00	0,00	186,86
14016103445	GUALDRON DIAZ LTDA	29/12/1988	01/09/1993	$89.070	244,00	0,00	30,71	213,29
1003606730	DISTRIEQUIPAME LTDA	30/09/1993	16/11/1994	$300.000	59,00	0,00	0,00	59,00
							[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	459,14

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo acaeció el **26 de julio de 1999 con fecha de efectividad 1° de septiembre de 1999** (*Ver Páginas 148 y 150, archivo 06 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a la entonces AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, conforme al formulario de afiliación a esa AFP y el registro SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió*

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *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*

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

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 demandante al fondo accionado PORVENIR antes HORIZONTE.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 accionante (Audio Archivo 14, récord: 36:17) no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al local donde trabajaba como independiente, llegó una asesora de HORIZONTE hoy PORVENIR, quien le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, siendo dicha AFP quien tenía mayor liquidez, llenándole un formulario el cual firmó, pero de manera alguna le indicó sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que PORVENIR antes HORIZONTE 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, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

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

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:

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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1999**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a 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 antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen **(26 de julio de 1999 efectivo el 1° de septiembre 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 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 -20 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa 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.

Valga aclarar igualmente a COLPENSIONES 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.

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante 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 PORVENI, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado.

Sin embargo, debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral primero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior COLFONDOS S.A. también **deberá retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6], debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[7], **haciéndose extensible a los conceptos que ordenó el *a quo* (rendimientos, gastos de administración, comisiones,**

[6] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[7] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima), por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

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

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

Así lo 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).

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 10, archivo 05 del 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 esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del punto 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 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR retornar a COLPENSIONES **las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades, haciéndose extensible a los rendimientos, gastos de

[8] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de junio de 2023, archivo 10 del expediente digital.*

administración, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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.

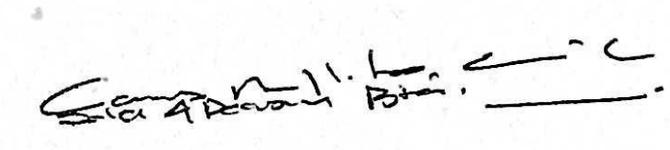
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

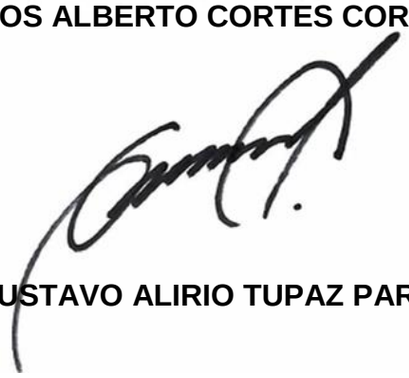
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

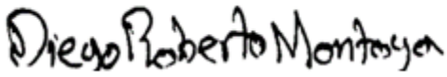
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARINA ALVAREZ AMADOR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (RAD. 16 2020 00188 02)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **DANIEL ANDRÉS PAZ ERAZO** como apoderado sustituto de la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura pública No. 721, como abogado adscrito a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala 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, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 9 de junio del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 34 expediente digital, récord: 2:22:03),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante señora SANDRA MARINA ÁLVAREZ AMADOR identificada con cedula de ciudadanía N° 51.713.786 y que tuvo lugar el día 26 de marzo de 1996 por ante COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., debido a la omisión en el deber de información, ineficacia que tiene efecto respecto a toda otra afiliación que haya realizado a futuro respecto de los fondos privados demandados en esta actuación.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo todos los valores que corresponden a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general, todo valor que por concepto e integrantes de las cotizaciones se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, condena que se hace extensiva a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS respecto de los periodos en que estuvo la demandante afiliada a tales fondos pensionales.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a recepcionar los recursos condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciendo semanas de cotización, sumando a las que ya existen en ese régimen, igual número en las que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*
>
> ***CUARTO:** Se **DECLARA** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> ***QUINTO:** Se **CONDENA** a las demandadas PORVENIR S.A. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en COSTAS en favor de la parte actora por concepto de agencias en derecho el valor de Doscientos Cincuenta Mil Pesos ($250.000) moneda corriente a cargo de cada una de las mencionadas como monto en las agencias en derecho, sin condena en costas en contra de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión SKANDIA S.A. expresa en el presente asunto no se le pueden dar a la ineficacia efectos adicionales ni consecuencias distintas a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es en todo caso un criterio auxiliar de la justicia, como lo dice la ley 153 de 1987.

Señala que resulta totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad, que, frente a la figura de la ineficacia, se le aplique un análisis distinto a la AFP vs al afiliado demandante, pues por un lado, si se acepta que existe una cuenta de ahorro individual, que existieron unos fondos por parte de la demandante que están en esta cuenta de ahorro individual, que existieron unos rendimientos financieros que pueden ser trasladados a Colpensiones para engrosar el valor de los aportes de la parte actora, pero no se acepta que esos rendimientos financieros fueron generados por la actividad profesional de las administradoras de fondos de pensiones, y tampoco se acepta que por esa

actividad profesional, en virtud de la propia ley, se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados, precisando frente a estos que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 enuncia que la comisión de administración, no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado, con lo cual, y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió la gestión de su representada, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores, en favor de Colpensiones, ya que todo ello no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima.

Lo anterior de la cara a lo expuesto por la superintendencia financiera de Colombia en concepto con radicado No 201915216900300, con lo cual se concluye, que durante toda la permanencia en el RAIS, la parte actora nunca ejerció el derecho de retracto ni estuvo en la voluntad de ejercerlo, que entre la fecha inicial de traslado al RAIS y la fecha en la que la parte demandante se vio inmersa en la prohibición de traslado por razón de la edad, estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media, pero aun así no lo hizo, lo cual evidencia una actuación contraria a la de un buen padre de familia.

Expresa que el interés de retornar al RPM surge netamente por interés económico considerando el monto de la mesada pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que, bajo la normatividad existente para el momento del traslado, no era dable exigir documentación alguna frente a la asesoría a las hoy demandadas, ya que la decisión fue libre y voluntaria, donde no mediaron presiones por parte de su representada. *(Audiencia virtual, archivo 34 expediente digital, récord: 2:24:54[1])*

---

[1] **APODERADO SKANDÍA** Gracias su Señoría, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer el recurso apelación, el cual sustento de la siguiente forma.

Solicito respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito judicial que procesan a revocar totalmente la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar, se sirvan, a absolver a mi representada de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en las manifestaciones de hecho y de derecho contenidas en el escrito de la contestación lo que se manifestó en los alegatos de conclusión y principalmente a los aspectos que procedo a señalar.

En el presente asunto debemos partir de que del hecho de que lo que se está declarando es la ineficacia del acto jurídico de traslado y este fenómeno, no se le puede dar efectos adicionales ni consecuencias distintas a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es en todo caso, un criterio auxiliar de la justicia, como lo dice la ley 153 de 1987, por lo que no puede dársele el carácter de la ley a la jurisprudencia. En los anteriores términos, resulta claro que la ineficacia se encuentra regulado por el artículo 897 del Código de Comercio y no por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En la norma previamente anotada, encontramos que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado, con lo cual es apenas entonces necesario advertir, como es bien sabido, que la norma entiende por ineficaz aquel acto que no produce efecto alguno sin necesidad de declaración judicial. Así las cosas, en este punto conviene traer a colación una máxima del derecho en un principio general de interpretación jurídica,

COLFONDOS por su parte, indica no estar de acuerdo con la condena de la devolución de gastos de administración, señalando dichas condenas son improcedentes toda vez que los gastos de administración hacen parte del Régimen de Ahorro Individual y también hacen parte del Régimen de Prima Media, pues estos dineros fueron descontados por la gestión que realizó el fondo, aduciendo si se condena a devolverlos también se debe condenar al reintegro de los rendimientos financieros que se produjo por la administración de su representada y en cuanto a los seguros previsionales indica esos dineros fueron otorgados a un tercero de buena fe que es la aseguradora, quien los usó para

---

según el cual donde la ley no distingue o les da al intérprete a hacerlo en consecuencia, la no producción de efectos jurídicos se predica de los 2 extremos de la relación contractual. Para ello, entiéndase la AFP y el afiliado.

En virtud lo previamente anunciado, resulta totalmente contrario a los principios constitucionales de justicia y equidad, que, frente a la figura de la ineficacia, se le aplique un rasero distinto a la AFP vs al afiliado demandante, pues por un lado, si se acepta que existe una cuenta de ahorro individual, que existieron unos fondos por parte de la demandante que están en esta cuenta de ahorro individual, que existieron unos rendimientos financieros que pueden ser trasladados a Colpensiones para engrosar el valor de los aportes de la parte actora, pero no se acepta que esos rendimientos financieros fueron generados por la actividad profesional de las administradoras de fondos de pensiones, y tampoco se acepta que por esa actividad profesional, en virtud de la propia ley, se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados.

En efecto, no se puede aplicar una interpretación de la figura de la ineficacia acomodada en beneficio exclusivo de la parte actora, reconociendo que, si se produjeran algunos efectos, pero para el mismo caso, aplicar una interpretación en detrimento de la AFP, que desconoce su labor y que fue precisamente esa labor la que hoy por hoy está generando unos rendimientos financieros que jamás habría logrado obtener la demandante en Colpensiones.

Frente a esto, se destaca que el propio artículo 20 de la Ley 100 de 1993 enuncia que la comisión de administración, no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado, con lo cual, y en el entendido de que en el presente proceso no se discutió la gestión de mi representada, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores, en favor de Colpensiones, ya que todo ello no puede ser considerado de forma distinta a una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima. Lo anterior de la cara a lo expuesto por la superintendencia financiera de Colombia y para lo cual citó el radicado 201915216900300, con lo cual se concluye, durante toda la permanencia en el RAIS, la parte actora nunca ejerció el derecho de retracto ni estuvo en la voluntad de ejercerlo, que entre la fecha inicial de traslado al RAIS y la fecha en la que la parte demandante se vio inmersa en la prohibición de traslado por razón de la edad, estuvo en la posibilidad de ampliar la información y regresar al régimen de prima media, pero aun así no lo hizo, lo cual evidencia una actuación contraria a la de un buen padre de familia.

Nótese que del interrogatorio de partes se sustrae que el interés de retornar al régimen de prima media surge netamente un interés económico y aquí debe recordarse que la insatisfacción, , frente al monto de la mesada pensional no da lugar a la ineficacia del acto jurídico que bajo la normatividad existente para el momento del traslado, no era dable exigir documentación alguna frente a la asesoría a las hoy demandadas, que la decisión fue libre y voluntaria, donde no mediaron presiones por parte de mi representada, lo cual quedó acreditado en el interrogatorio de parte que las características del RAIS estaban en la propia Ley, por lo cual si se habla de un error, sería de derecho, el cual no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento y en todo caso remito nuevamente el interrogatorio de parte, donde la hoy demandante, alega conocer las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, reiteró, que en el presente asunto no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron legalmente descontados por mi representada.

asegurar a la parte demandante de las contingencias de invalidez y muerte. *(Audiencia virtual, archivo 34 expediente digital, récord: 2:29:35[2])*

Finalmente, COLPENSIONES aduce se debe recordar la existencia de la buena fe por parte de los asesores y los funcionarios de todos los fondos demandados, toda vez que se cumplió a cabalidad con el deber de información, ya que en todas las afiliaciones se realizó este deber de información a través de los asesores, señalando se debe tener en cuenta que la demandante a la fecha de la radicación de la demanda ya contaba con 57 años de edad *(Audiencia virtual, archivo 34 expediente digital, récord: 2:31:08[3])*

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 1*

---

[2] **APODERADO DE COLFONDOS** Gracias su Señoría, su señoría, en esta etapa pertinente presento recurso de apelación frente a la decisión (inaudible) por su despacho. Su señoría (inaudible) interpongo recurso de manera parcial frente la condena de la devolución de gastos de administración y los seguros previsionales

Como lo manifesté en mis alegatos de conclusión, dichas condenas son improcedentes, señores Magistrados, toda vez que los gastos de administración pues hacen parte del Régimen de Ahorro Individual y también hacen parte del Régimen de Prima Media, (inaudible), dicha condena, esta (inaudible), a Colpensiones, como lo manifesté en mis alegatos, estos dineros fueron descontados toda vez por la gestión que realizó el fondo Colfondos, (inaudible) rendimientos y si se condena a devolverlos pues también se debe condenar o bueno se debe ordenar que la parte demandante, reintegre los dineros de los rendimientos financieros que se produjo por la administración de mi representada toda vez que pues la ineficacia indica que pues todo se devuelve a su estado original y si se condena a los gastos de administración por ende también se debería condenar a devolver dichos dineros (inaudible) previsionales (inaudible) pues esos dineros fueron otorgados a un tercero de buena fe que es la aseguradora, que esa aseguradora pues uso esos dineros para poder asegurar a la parte demandante la contingencia de invalidez y muerte (inaudible) casos pero (inaudible) estuvo asegurada durante dichos periodos (inaudible) dicha contingencia. Para lo cual solicito se revoque de manera parcial la sentencia, gracias.

[3] **APODERADO COLPENSIONES** Su Señoría, siendo este, la oportunidad procesal pertinente, procedo a interponer recurso ordinario de apelación bajo los siguientes términos, su Señoría, es bueno recordar que la existencia de la buena fe por parte de los asesores y los funcionarios de todos los fondos aquí en el extremo demandado, toda vez que se cumplió a cabalidad con el deber de información, ya que en todas las afiliaciones se realizó este deber de información a través de los asesores, de igual forma el pronunciamiento del presente recurso se hace de manera parcial, pues porque así se está de acuerdo con el punto en que no se condena en costas, sin embargo, el punto uno de declarar ineficaz es el objeto por el cual se realiza esta apelación ante el Alto Tribunal, tomando en cuenta que conforme lo estipulado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, señala lo siguiente, "después de 1 año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta que a la presente fecha de la radicación de la demanda, la cual fue el 17/09/2021, fecha en la que se pretende hacer ver esta nulidad e ineficacia del traslado dictado aquí en la sentencia, la demandante, contaba con una edad de 57 años, en consideración a que nació en el año 64.

Teniendo entonces la imposibilidad de trasladarse al régimen por la prohibición previamente establecida su señoría, muchas gracias.

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 ineficacia de la afiliación al RAIS, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos tus frutos e intereses, igualmente se ordene a Colpensiones a recibirla en el RPM, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** pues se declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuviera lugar el día 26 de marzo de 1996, ordenando a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere y en general todo valor que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante, y a COLPENSIONES a recibir los valores y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las consecuencias de su traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

[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*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de marzo de 1964 *(Páginas 79 y 80, Archivo 1 Expediente Digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante SKANDIA, COLFONDOS y PORVENIR el 30 de enero del 2020 y ante COLPENSIONES el 3 de febrero del 2020 *(Páginas 29 y 31, 33 a 35, 49 a 51 y 57 a 59, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **225,57**[5] semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de marzo de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo de 1996** *(Página 118 archivo 16 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLFONDOS*,* **precisándose**, aun cuando no obra el formulario 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".

5

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
1006300075	SEGUROS PATRIA S A	22/06/1988	31/12/1988	$54.630	27,57	0,00	0,00	27,57
1008202751	CIA DE VIG NAL DEL C	24/05/1989	01/08/1991	$61.950	114,29	1,43	0,00	112,86
1003902761	DEVINIL LTDA	15/08/1991	01/04/1993	$136.290	85,14	0,00	0,00	85,14
800009746	CONCREPLAS BENITEZ L	01/03/1995	31/03/1995	$12.000	0,43	0,00	0,00	0,43
800009746	CONCREPLAS BENITEZ L	01/04/1995	31/12/1995	$119.000	38,57	0,00	0,00	38,57
800009746	CONCREPLAS BENITEZ L	01/01/1996	31/01/1996	$142.125	4,29	0,00	0,00	4,29
800009746	CONCREPLAS BENITEZ L	01/02/1996	29/02/1996	$28.000	0,86	0,00	0,00	0,86
860004265	EL GRAFICO EDITORES	01/01/1997	31/01/1997	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860004265	EL GRAFICO EDITORES	01/03/1997	31/03/1997	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
								[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 269,71

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

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute* ***es eficaz****, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió*

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos*

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

> *retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

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

Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o*

> *jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** 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 2011[7], 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 adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[8] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la afiliación a Colfondos fue de manera grupal, cuyos asesores le indicaron a ella y a sus compañeros que el ISS se iba acabar y por ende la administración de las pensiones estaría a cargo de entidades privadas, quienes otorgarían mayores rentabilidades y posibilidades de pensión a una menor edad, razón por la cual firmó el formulario de afiliación a dicha entidad.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen.

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

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.

[8] Audiencia 9 de junio del 2023, récord 55:24

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:

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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1996, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 **(26 de marzo de 1996, efectivo el 1 de mayo de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación de SKANDIA, 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.

Igualmente, es menester precisar no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 118, Archivo 16 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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 la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, como también la devolución por parte de ésta y de COLFONDOS y SKANDIA, de los gastos de administración y 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, 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 PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[9] y los porcentajes destinados a

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

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[10].

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.

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,*

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

> *en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

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

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Página 9, archivo 9 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

[11] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 23 de marzo del 2023, archivo 26 expediente digital.

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., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberán retornar, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a 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.

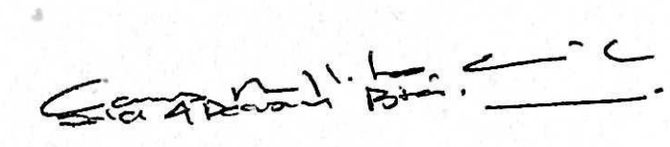
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 JOSÉ ANTONIO FLOREZ MANCILLA CONTRA PORVENIR S.A. Y COMO VINCULADAS MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES "FONCEP (RAD. 19 2021 00315 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, contra la sentencia proferida por la Juez (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2023 (Audiencia virtual archivo 22, récord 43:24), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a reconocer y pagar a favor del demandante, la pensión mínima de vejez, conforme a la garantía de pensión mínima, contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 del 93, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 16 de junio de 2019 debiendo gestionar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la garantía de pensión mínima de vejez, previo el procedimiento establecido en el Decreto 832 del 96 y el 142 de 2006, sin que dicho trámite sea óbice para el reconocimiento de la prestación.*
>
> ***PARAGRAFO**: Mientras la administradora de fondos efectúe el pago de la pensión mínima de vejez al demandante a partir del 16 de junio de 2019, deberá gestionar lo pertinente con la información requerida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda a reconocer la garantía de pensión mínima de*

pensión en el sentido de establecer el capital que la nación debe completar para financiar la prestación reconocida.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR al pago de los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 del 93, a partir del 16 de junio de 2019 y hasta cuando se pague efectivamente la pensión.*

***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones que fueron propuestas por la AFP PORVENIR y,*

***CUARTO: CONDENAR** en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y se absuelve, pues a las demás, en lo referente a costas.".*

Inconforme con la decisión, PORVENIR presentó recurso de apelación[1], exteriorizando su inconformidad frente a las 1.150 semanas que se exigen por ley

[1] ***"Recurso Porvenir (récord, 47:50, archivo 22)**: "Estando en el momento procesal oportuno, su Señoría y de manera respetuosa, que me inspira el fallo que usted acaba de dictar me permito interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso mencionado, me permito sustentarlo en los siguientes términos: a los señores Magistrados ratificarles en primera instancia lo expresado ante el a quo, relacionado con las argumentaciones en derecho, que mi representada presentó en el escrito de contestación de la demanda aducidas a pretensiones, hechos y excepciones, e igualmente a los aducidos en las alegaciones que me permití, como apoderada de Porvenir S.A., en la audiencia que nos ocupa de primera instancia, aducir frente a la juez de Primera Instancia y solicito, señores Magistrados, por supuesto, con base en lo anteriormente mencionado, que se revoque todas y cada una de las condenas aducidas, relacionadas con el reconocimiento, por parte de mi representada de la garantía de pensión mínima, intereses de mora y a las costas impuestas por como consecuencia de los mismos.*

Explico, señores Magistrados, o cómo se ha venido reiterando y finalmente, bajo las argumentaciones y consideraciones hoy emitidas por parte de la señora Juez, en donde de alguna manera ella explica de manera clara y endilga la responsabilidad de mí representada y con lo que tiene que ver con la acreditación de las 1.150 semanas que se exigen por ley para poder tener acceso a esta prestación económica, lo que sí es claro es que esas 1150 semanas de cotización, con base en una historia laboral consolidada y a la cual aduce y que, como repito, se le impone, como aduciendo también, unas reglas de tipo normativo para indilgar a mi representada esa responsabilidad en la cual, efectivamente en principio se había aportado una historia laboral que tenía una inconsistencia por cuanto para los periodos de octubre y diciembre del 2021, se habían tomado 30 días de cotización, lo que arrojaba un total de 30 semanas cotizadas a PORVENIR, no obstante, esa inconsistencia fue corregida oportunamente en esos 2 periodos y solo fueron cotizados un total de 8 días, 4 en el mes de octubre y 4 en el mes de diciembre en 2021, y así se acreditó en la historia laboral consolidada, allegada con la contestación, que eso fue en fecha de generación del 25 de agosto de 2021 y la allegada posteriormente como requerimiento del juzgado, en la fecha de generación, que fue el 07 de julio de 2023, según las cuales, el demandante cotizó en resumen, 1121.8 semanas al régimen de prima media y 26.8 semanas en PORVENIR para un total de 1148 semanas que resulta inferiores a las 1150 semanas. Por supuesto, mi respeto absoluto por la determinación y la interpretación que el despacho hace en relación con la responsabilidad que se generaría para completar, los 1150 semanas, lo que sí queda en evidencia es que mi representada tuvo el tiempo suficiente y arrimó de manera oportuna, inclusive con el requerimiento hecho por el despacho para poder ratificar lo que se denunció desde un principio en el escrito de contestación de la demanda, en el cual efectivamente, lo que arrojaba única y exclusivamente y que era materia probatoria, eran 1148 semanas que resultan, como repito, inferiores a las exigidas para acceder a esta prestación.

Ahora bien, es importante determinar que efectivamente si, mi representada, mencionó de alguna manera la imposibilidad jurídica para poderse pronunciar, respecto a la petición del hoy demandante, lo que sí queda claro es que no fue imputable a la misma, no fue imputable a PORVENIR, porque como se pudo probar y se arrimó al despacho, lo cual se desconoce y me sorprende en relación con esos términos, porque quedó claramente establecido con el despliegue de todas las gestiones que realizó mi representada para poder obtener efectivamente la consolidación de la historia laboral del demandante y se desconoce y lo que sí fue

para poder tener acceso a la pensión de garantía mínima, ya que, en principio se había aportado una historia laboral que tenía una inconsistencia por cuanto para los periodos de octubre y diciembre del 2021, se habían tomado 30 días de cotización, lo que arrojaba un total de 30 semanas cotizadas a PORVENIR, no obstante, esa inconsistencia fue corregida oportunamente en esos 2 periodos y solo fueron cotizados un total de 8 días, siendo estos, 4 en el mes de octubre y 4 en el mes de diciembre en 2021, y así se acreditó en la historia laboral consolidada, allegada con la contestación, que eso fue en fecha de generación del 25 de agosto de 2021 y la allegada posteriormente como requerimiento del juzgado, en la fecha de generación, que fue el 07 de julio de 2023, según las cuales, el demandante cotizó en resumen, 1.121.8 semanas al régimen de prima media y 26.8 semanas en PORVENIR para un total de 1.148 semanas que resulta inferiores a las 1.150 semanas.

---

clara es que se quedó en manos de terceros, en este caso de FONCEP Y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que se pudiera consolidar y emitir evidentemente, lo resultante para poder verificar inclusive si se cumplía los términos para una pensión de vejez con base en el artículo 64 o si no con el de la garantía de pensión mínima, lo cual se desconoce, pues, tenemos clarísimo, señores Magistrados, que mi representada como las demás AFP en el régimen de solidaridad, lo que sí queda claro es que somos, emitimos y realizamos gestiones y servimos como medio más, no podemos garantizar el resultado, por lo que fue imposible físicamente para mí representada, poder determinar cómo se desplegó y se explicó notoriamente en ese sentido de que determinara y únicamente se pudiera establecer que se tuvieran 1148 semanas en la historia laboral consolidada haciendo aclaración, como lo expliqué inicialmente, de si bien es cierto, existió un error de una inconsistencia, más bien en la historia laboral, inicial aportada debida se pudo evidenciar que se colocó en curso su corrección y que fue aportada también dentro de la contestación y posteriormente ratificada ante el juez de conocimiento en primera instancia, con base en lo anterior, pues señores Magistrados, en gracia de discusión y si se llegara a ratificar por parte del honorable Tribunal, que se imputara ante mi representada la obligación, de que efectivamente se reconozca la prestación hoy definida por el a quo, lo que sí es claro es que se requiere necesariamente que sea condenada tanto, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como FONCEP, por cuanto, como se explicó, evidentemente, si no se llegó a una conclusión final sobre la situación y petición, fue atribuida a terceros, como lo hicimos a lo largo de toda y lo probamos a lo largo de toda la contestación de la demanda y a lo largo de todo el acervo probatorio que se arrimó, al despacho de la señora juez en primera instancia.

Respecto a los intereses de mora, pues queda evidente que no podría condenarse a mi representada a cualquier condena y menos la de mora, ninguna mora frente al reconocimiento de la atención que se impetró por parte del a quo en razón a, pues que como se ha venido mencionando, pues no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la ley 100 del 93 para acceder a esta pensión y pues es importante determinar que lo que establece el artículo 141 que estipula que se causan intereses moratorios, solamente es en aquellos casos en que exista un retrato para el pago en Mesadas Pensionales, lo que presupone la acusación del derecho, situación diferente al caso que nos ocupa, en el cual pues el demandante no acredita el cumplimiento de requisitos de ley para acceder por las razones explicadas por esta apoderada a esta pensión de los términos del artículo 65 de la Ley 100 del 93, razón por la cual no se le debería imponer la carga de reconocimiento de esta prestación, y por consiguiente también ninguna adicional, como la imposición de costas que independientemente de la cuantía que se haya fijado, pues no puede ser condenada en razón a que definitivamente lo que ha hecho mi representada ha sido única y exclusivamente atender la norma legal para poder estudiar y apoyar, que es lo que le compete de todas las formas y que se logró arrimar al despacho, pero que desafortunadamente pues el a quo no analizó de manera profunda, el aporte que Porvenir realizó a lo largo de toda la historia laboral para poder desencadenar seguramente un reconocimiento si fuera el caso, lo cual ya quedó probado que no, razón por la cual señores magistrados, solicitó, sean desestimados y sean revocados en su integridad todas las condenas impuestas a PORVENIR S.A., muchas gracias.".

Por otra parte adujo, frente a la imposibilidad jurídica para pronunciarse respecto a la petición del hoy demandante, no fue imputable a PORVENIR, ya que, se desplegaron las gestiones pertinentes para poder obtener efectivamente la consolidación de la historia laboral del demandante quedando en manos de terceros, en este caso FONCEP y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de consolidar y verificar inclusive si se cumplía los términos para una pensión de vejez con base en el artículo 64 de o la garantía de pensión mínima. Insistió, se pudo establecer la existencia de 1148 semanas en la historia laboral consolidada, si bien es cierto, existió un error o una inconsistencia en la historia laboral aportada se pudo evidenciar que se colocó en curso su corrección y que fue aportada también dentro de la contestación y posteriormente ratificada ante el juez de conocimiento en primera instancia.

Pidió de llegarse a confirmar la decisión impuesta en primer grado, se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al FONCEP, por cuanto, si no se llegó a una conclusión final sobre la situación y petición del demandante, fue por hecho de terceros, conforme al acervo probatorio que se arrimó.

Respecto a los intereses de mora, indicó, no podría condenarse a la AFP al no existir mora frente al reconocimiento de la pensión, pues el actor no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 del 93 para acceder a esta prestación y el artículo 141 estipula que se causan intereses moratorios, solamente es en aquellos casos en que exista un retraso en el pago de las mesadas pensionales, situación diferente al caso que nos ocupa, en el cual el demandante no acredita el cumplimiento de requisitos, razón por la cual no se le debe imponer la carga de reconocimiento de esta prestación, a la AFP y por consiguiente ningún rubro adicional, como la imposición de costas que independientemente de la cuantía que se haya fijado.

Por su parte, la vinculada MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, recurrió la decisión, pese a no dirigirse condena alguna en su contra, aduciendo[2],

[2] ***"Recurso Ministerio de Hacienda y Crédito Público: (récord: 56:28, archivo 22)*** *Gracias su Señoría, en este estado de la diligencia, manifiesto que procedo a presentar recursos apelación contra la sentencia que se acaba de tomar en cuanto al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, hay que determinar que a los señores magistrados tener en cuenta lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 del 93, en donde establece los requisitos para obtener un derecho a una pensión de vejez en el RAIS, el mismo artículo 64*

establece los requisitos para obtener la pensión de vejez, el cual dice lo siguiente "Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escoja, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente"

Tras hacer un análisis integral de esa norma citada, queda claro que para evaluar el derecho a la garantía de pensión mínima no es suficiente convalidar que la persona cumpla con los requisitos de los 62 años para el caso de los hombres, sino que es necesario determinar mediante los cálculos actuariales pertinentes, que el capital reunido o que se espera reunir en la cuenta de ahorro individual no es suficiente, sino que lo será para acceder a una pensión en las condiciones del artículo 64, financiada exclusivamente con el monto de la cuenta de ahorro individual, hay que establecer, señores Magistrados, que para validar lo anterior es necesario determinar con exactitud la sumatoria de todos esos valores que componen o pasaran a componer la cuenta de ahorro individual del señor, es decir, el bono pensional y las cotizaciones efectuadas RAIS y junto con su respectivo rendimiento, al evaluar la señora juez, la sentencia de primera instancia, solamente tuvo en cuenta fue el capital acumulado en la cuenta del señor, mas no los bonos pensionales que se encuentran pendientes por emitir, en consecuencia al no saber efectivamente cuál sería el capital acumulado del señor, no se puede determinar con exactitud que tendría derecho a la pensión de la garantía de pensión mínima en el evento de que se demuestre que tenga la 1150 semanas, tal y como ya lo ha aseverado la apoderada de la AFP, que no tendría porque no tiene, no cumple con ese requisito, hay que establecer, señores magistrados que la misma normatividad establece en su artículo, en cuanto al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, que las pruebas que se deba allegar a la oficina de bonos pensionales para proceder al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima se encuentra la prueba de que el afiliado cumplió con la edad de los 62 años, en este caso que es hombre, constancia de la administradora de pensiones, donde evidencia que la persona ha cotizado como mínimo 1150 semanas, caso que en el presente caso no lo cumple el saldo total en la cuenta de ahorro individual del afiliado al día de la radicación de la solicitud ante la oficina de bonos pensionales, dicho saldo estará conformado en la cuenta de ahorro individual, cuyo aporte más rendimiento corresponde a las cotizaciones obligatorias y efectuadas al fondo de pensiones y el valor del bono pensional emitido y pagado, siendo calculando a la fecha de redención normal, el traslado de aporte a Colpensiones, constancias de las administradoras de pensiones, donde se manifiesta que el afiliado no posee aporte voluntario y manifestaciones juramentadas del afiliado que no posea aporte en ningún fondo de pensiones y en ninguna otra entidad, cálculo actuarial de conformidad como lo establece la Resolución No. 1875 del 15/09/97 la 3099 del 19/08/2015 o 3023 del 18/09/2017, según ya sea el caso de donde se efectúe por parte de la administradora de pensiones, donde se evidencie que el saldo que posee el afiliado en su cuenta de ahorro individual no conforma el capital suficiente para financiar la pensión de vejez del mismo.

Para tal efecto se deberá enviar esos soportes que determine que, efectivamente, con ese cálculo actuarial al señor no le alcanza para una pensión del 110%, caso que no se evidenció por parte de la señora Juez, no pudo establecerse y el señor tendría derecho a una pensión de 110% porque solamente tuvo en cuenta, fue lo que tenía en su cuenta de ahorro individual, mas no la emisiones de los bonos pensionales que no ha sucedido en el presente caso hay que establecer señores magistrados que en consecuencia solicitaría que se ordenara en el evento de que considere que el demandante tendría la 1150, es que se ordenara primero al emisor, en este caso, siendo la nación, como ya se ha manifestado y como ya se fue aceptado por la misma entidad mediante la resolución y tal como se acreditó dentro del proceso y se fue allegado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en donde se observa que ya aceptaron en cuanto a la emisión y pago de ese bono pensional, que no ha podido emitirlo, es porque no han logrado registrar en la Oficina de Bono pensionales la emisión y eventual redención de cupos principales del bono pensional a su cargo, lo que posibilita que este Ministerio emita también la cuota parte que le correspondería en este caso, porque no seríamos emisores, sino cuota partista del bono pensional de tipo a modalidad 2.

Hay que establecer que de pronto, por el hecho de que en Bogotá, distrito capital, no ha hecho ese registro en el sistema porque ya emitió la resolución que correspondía el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible también reconoció ya su cuota parte inicial y complementaria a través de la Resoluciones 1170 del 08/09/2019, la 0295 de fecha 20 de marzo, tal y como se aportó también con la contestación de la demanda, se tiene que tampoco tuvo en cuenta la señora juez al momento de dictar el fallo, las pruebas allegadas en donde se tiende a obtener que el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional a cargo de la nación, esta oficina procedió a remitir al empleador Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, la solicitud de confirmación de la historia laboral de que trata el artículo 52 del Decreto 1748 del 95, hoy recopilado en el Decreto 1833, que en su tenor establece que para la liquidación y emisión de un bono pensional solo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente, solicitud que como ya lo he manifestado, se encuentra contenida en la comunicación H 221060743, de fecha 20/06/2021 que se allegó, también dentro de la contestación de la

se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 del 93, el cual establece los requisitos para obtener un derecho a una pensión de vejez en el RAIS, norma que prevé unos requisitos para obtener la pensión de vejez, el cual dice lo siguiente: "*Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escoja, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente".*

Tras hacer un análisis integral de esa norma, es claro que para evaluar el derecho a la garantía de pensión mínima no es suficiente convalidar que la persona cumpla con los requisitos de los 62 años para el caso de los hombres, sino que es

---

demanda y que tampoco se tuvo en cuenta como prueba en donde se observa que fue recibida en la referida entidad el día 25/06/2021 y sin que hasta el día de hoy dicho empleador en mención haya pronunciado al respecto y tampoco el despacho como lo ha manifestado, tampoco fue vinculado esa entidad para que se pronunciara y así, por lo menos desamarrar el presente proceso, porque la AFP todavía no ha podido determinar si efectivamente el demandante tendría derecho o no a la garantía de pensión mínima, ya que hasta no tener todo el capital más incluido el bono pensional para determinar con exactitud si tiene o no derecho a una pensión del artículo 64.

Hay que aclarar que también que los bonos pensionales, se actualicen y se capitalizan hasta la fecha un bono pensional en el momento en que se redima, hay que establecer que puede que alcance para una pensión del 110%, en consecuencia solicito a los Honorables magistrados adicionar en el sentido de la sentencia revocarla y ordenar a que se emita el bono pensional por parte del emisor a que si en el evento que considere que la unidad Administrativa de Catastro Distrital deba aceptar directamente que fue el empleador del demandante debe aceptar la liquidación del pago del bono pensional, que hasta la fecha no lo ha efectuado tampoco, eso ha imposibilitado a que las otras entidades emitan y paguen el bono pensional que se encuentran pendientes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a la cuota, aparte que se encuentra pendiente aquí por emitir.

Hay que establecer también que el mismo artículo 7º del Decreto 3798 en 2003, conceptuó sobre la emisión de los bonos pensionales y los plazos dentro de ese artículo establece, plazo para la emisión de los bonos pensionales tipo a "La emisión de los bonos pensionales tipo a se realizarán dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada, siempre y cuando el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito y por intermedio de la administradora de pensiones del sistema general de pensiones, su aceptación del valor de la liquidación".

Como pueden ver señores Magistrados, tal y como lo establece la normatividad, todavía no ha sido aceptada por parte del empleador sobre esos tiempos trabajados por el demandante dentro de esos periodos, consecuencia hasta que no se encuentre el certificado y confirmada y que no haya sido objetada por parte del empleador que manifesté, no se puede emitir y pagar el bono pensional que se encuentra pendiente y que ya fue reconocido como lo he manifestado por el emisor y que ya también fue aceptado por la cuota parte del Ministerio de Ambiente y también como se ha manifestado que fue aceptado la cuota parte por parte de la nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, hasta no tenerse claridad de cuánto es el valor total que tiene el señor, no se puede condenar a una garantía de pensión mínima, ya que la garantía de pensión mínima es subsidiaria en el evento de que no tendría derecho a la pensión del artículo 64 de la pensión del 110%.

De esta manera debo sustentado mi recurso de apelación, solicitando a los Honorables Magistrados tener en cuenta para revocar o adicionar la sentencia, en estos puntos. Muchas gracias.".

necesario determinar mediante los cálculos actuariales pertinentes, que el capital reunido o que se espera reunir en la cuenta de ahorro individual no es suficiente, sino que lo será para acceder a una pensión en las condiciones del artículo 64, financiada exclusivamente con el monto de la cuenta de ahorro individual, siendo necesario determinar con exactitud la sumatoria de todos esos valores que componen o pasaran a componer la cuenta de ahorro individual del actor, es decir, el bono pensional y las cotizaciones efectuadas al RAIS junto con su respectivo rendimiento.

En su sentir, la juez de primera instancia, solamente tuvo en cuenta el capital acumulado en la cuenta del demandante, más no los bonos pensionales que se encuentran pendientes por emitir, en consecuencia al no saber efectivamente cuál sería el capital acumulado del demandante, no se puede determinar con exactitud que tendría derecho a la pensión de la garantía de pensión mínima en el evento de que se demuestre que tenga las 1.150 semanas, tal y como ya lo ha aseverado la apoderada de la AFP, no cumple con ese requisito. Explicó, la misma normatividad establece en cuanto al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, que de las pruebas que se deban allegar a la oficina de bonos pensionales para proceder al reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima se encuentra la que demuestre que el afiliado cumplió con la edad de los 62 años y la constancia de la administradora de pensiones, donde se evidencia que ha cotizado como mínimo 1.150 semanas, no cumpliéndose con el saldo total en la cuenta de ahorro individual del afiliado al día de la radicación de la solicitud ante la oficina de bonos pensionales, dicho saldo estará conformado en la cuenta de ahorro individual por el aporte más rendimiento y el valor del bono pensional emitido y pagado, siendo calculando a la fecha de redención normal, cálculo actuarial que se hará de conformidad con la Resolución No. 1875 del 15/09/97 la 3099 del 19/08/2015 o 3023 del 18/09/2017, según ya sea el caso de donde se efectúe por parte de la administradora de pensiones, donde se evidencie que el saldo que posee el afiliado en su cuenta de ahorro individual no conforma el capital suficiente para financiar la pensión de vejez.

Para tal efecto se deberá enviar esos soportes que determine que, efectivamente, con ese cálculo actuarial al actor no le alcanza para una pensión del 110%, caso

que no pudo establecerse porque solamente tuvo en cuenta el capital obrante en la cuenta de ahorro individual, más no la emisión de los bonos pensionales.

Insistió, en el evento de que considere que el demandante tendría 1150 semanas, se debe ordenar en primer lugar, al emisor, en este caso, la nación, como ya se ha manifestado y como ya fue aceptado por la misma entidad mediante la resolución y fue allegado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en donde se observa que ya se aceptó la emisión y pago del bono pensional y no se ha podido emitir porque no ha logrado registrarse en la Oficina de Bono pensionales, la emisión y eventual redención de cupos principales del bono pensional a su cargo, lo que imposibilita que el ministerio emita también la cuota parte que le correspondería en este caso, porque no es emisor, sino cuota partista del bono pensional de tipo A modalidad 2.

Hay que establecer que, por el hecho de que en Bogotá - Distrito Capital, no ha hecho ese registro en el sistema porque ya emitió la resolución que correspondía el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible también reconoció ya su cuota parte inicial y complementaria a través de Resoluciones 1170 del 08/09/2019, la 0295 de fecha 20 de marzo, tal y como se aportó también con la contestación de la demanda, se tiene que tampoco se tuvo en cuenta al momento de dictar el fallo, las pruebas allegadas en donde se tiende a obtener que el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional a cargo de la nación, pues se procedió a remitir a la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, la solicitud de confirmación de la historia laboral de que trata el artículo 52 del Decreto 1748 del 95, hoy recopilado en el Decreto 1833, que en su tenor establece que para la liquidación y emisión de un bono pensional solo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente, solicitud que se encuentra contenida en la comunicación H 221060743 de fecha 20/06/2021 que se allegó, también dentro de la contestación de la demanda y que tampoco se tuvo en cuenta como prueba en donde se observa que fue recibida en la referida entidad el día 25/06/2021 y sin que hasta el día de hoy dicho empleador en mención haya pronunciado así como tampoco fue vinculada esa entidad para que se pronunciara porque la AFP todavía no ha podido determinar si efectivamente el demandante tendría derecho o no a la garantía de pensión mínima, ya que hasta no tener el capital incluido con el bono

pensional no se puede determinar con exactitud si tiene o no derecho a una pensión del artículo 64.

Aclaró, los bonos pensionales se actualizan y capitalizan hasta la fecha con bono pensional en el momento en que se redima, por lo que puede que alcance para una pensión del 110%, en consecuencia solicitó revocar la sentencia y ordenar a que se emita el bono pensional por parte del emisor ya que, la unidad Administrativa de Catastro Distrital debe aceptar directamente que fue el empleador del demandante acogiendo la liquidación del pago del bono pensional, que hasta la fecha no lo ha efectuado tampoco y ha imposibilitado a que las otras entidades emitan y paguen el bono pensional que se encuentran pendientes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a la cuota parte que se encuentra pendiente aquí por emitir.

Agregó, el mismo artículo 7º del Decreto 3798 en 2003, conceptuó sobre la emisión de los bonos pensionales y los plazos dentro de ese artículo establece, plazo para la emisión de los bonos pensionales tipo A: "*La emisión de los bonos pensionales tipo a se realizarán dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada, siempre y cuando el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito y por intermedio de la administradora de pensiones del sistema general de pensiones, su aceptación del valor de la liquidación".*

Tal y como lo establece la normatividad, todavía no ha sido aceptada por parte del empleador esos tiempos trabajados dentro de esos periodos, lo que conlleva a que, hasta que no se encuentre el certificado y confirmada la información, no se pueda emitir y pagar el bono pensional que se encuentra pendiente, siendo reconocido por el emisor y que fue aceptado por la cuota parte del Ministerio de Ambiente y también como se ha manifestado que fue aceptado la cuota parte por parte de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, hasta no tenerse claridad de cuánto es el valor total que tiene el demandante, no se puede condenar a una garantía de pensión mínima, ya que la garantía de pensión mínima es subsidiaria en el evento de que no tendría derecho a la pensión del artículo 64 de la pensión del 110%.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSÉ ANTONIO FLOREZ MANCILLA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Archivo 03 expediente digital pág. 6), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 6 a 7, ibidem), aspirando:

1. **Peticiones principales:** Se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. a:

   1.1. Reconocer y pagar la garantía mínima de pensión de vejez a que tiene derecho el señor JOSÉ ANTONIO FLÓREZ MANCILLA.

   1.2. Pagar al señor JOSÉ ANTONIO FLÓREZ MANCILLA las mesadas adicionales de diciembre de cada año.

   1.3. Pagar al señor JOSÉ ANTONIO FLÓREZ MANCILLA los intereses moratorios liquidados mes por mes, desde el momento en que se causaron las mesadas pensionales adeudadas hasta que se verifique el pago total de cada una de las obligaciones.

2. **Petición subsidiaria:** Subsidiariamente a la petición 3. se indexen las sumas adeudadas, de conformidad con la actualización del índice de precios al consumidor:

3. **Costas y agencias en derecho:** Se condene a la demandadas a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

La demandante obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se condenó a la demandada PORVENIR a reconocer y pagar a favor del demandante, la pensión mínima de vejez, conforme a la garantía de pensión mínima, contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 del 93, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, a partir del 16 de julio de 2019 debiendo gestionar los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la garantía de pensión mínima de vejez, previo el procedimiento establecido en el Decreto 832 del 96 y el 142 de 2006, sin que dicho trámite sea óbice para el reconocimiento de la

prestación. Así mismo, precisó la *a quo,* mientras la administradora de fondos efectúe el pago de la pensión mínima de vejez al demandante a partir del 16 de junio de 2019, deberá gestionar lo pertinente con la información requerida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda a reconocer la garantía de pensión mínima de pensión en el sentido de establecer el capital que la nación debe completar para financiar la prestación reconocida, se condenó al pago de los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 del 93, a partir del 16 de junio de 2019 y hasta cuando se pague efectivamente la pensión y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la *a quo***, en primer lugar, la AFP informó en respuesta al derecho de petición que el actor no cuenta con el capital suficiente para financiar la pensión de vejez, cumpliendo con el primer requisito, así mismo, el demandante cumplió la edad de 62 años en el año 2019 al nacer el 16 de junio de 1957, cumpliendo el segundo requisito, finalmente, en cuanto a las semanas laboradas y realmente cotizadas, tuvo en cuenta que el actor cuenta con 1151 semanas y no 1148 como lo pretende la AFP ya que si bien encontró inconsistencias en los periodos de octubre y diciembre de 2021 al registrarse novedades de ingreso y retiro por la misma AFP, la juzgadora, dio aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU405 de 2021, M.P. Dra. Diana Fajardo, la cual indica, "la carga de prueba recae sobre las AFP, pues la sistematización de los datos no puede repercutir en el trabajador, solo ante razones justificadas es posible modificar el contenido de la historia laboral", en este caso, se presentó inconsistencias con la historia laboral inicialmente aportada y la final del 2023, por lo que PORVENIR no adujo por qué había discrepancia entre las historias, ambas expedidas por la misma AFP transgrediendo la confianza legítima en relación con el manejo de la información. En síntesis, indicó que al existir divergencia y no señalarse qué días fueron reportados por el empleador para modificar la historia laboral y por qué se modificó, lo pertinente es tener por acreditado que el actor cotizó un total de 1.151 semanas. Finalmente, con relación al pago de los intereses moratorios estimó que al AFP no reconoció la pensión, así como encontró inconsistencia en el trámite del bono pensional, encontrándose este trámite a cargo de la AFP ya que debió adelantar los trámites pertinentes.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A

del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

Así las cosas, la Sala verificará si el actor cumplió las 1150 semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de garantía mínima, si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el articulo 141 de la Ley 100 de 1993 y la viabilidad de la condena en costas a cargo de las demandadas. De igual forma, se analizará si es procedente imponer orden alguna dirigida al reconocimiento de los bonos pensionales a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y/o FONCEP con el fin de verificar si el actor eventualmente tendría derecho al reconocimiento de una pensión de vejez.

En estos términos, se resalta, el sistema general de seguridad social en pensiones introducido con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, previó la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, aunque con aspectos en común, a saber: el régimen de prima media con prestación definida -RPM- (sistema de reparto) y el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- (sistema de capitalización privado)[3].

---

[3] *Artículo 12 de la Ley 100 de 1993.*

Sobre el particular explicó la Corte en sentencia SL4108 de 2020:

"1. Diferencias de los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993 y objetivos comunes

De acuerdo con las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente en manos de dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas, las cuales son patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia, que incrementada con los rendimientos recibidos y el bono pensional si hay lugar a él, está destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Ahora, pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por lo tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Esta premisa se ampara en los principios de universalidad e integralidad, los cuales sirven como pilares para comprender el sistema pues propenden «por la protección de todas las personas, sin discriminación alguna, así como por la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en

En ese orden, es viable indicar, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, prevé que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, con los ajustes anuales respectivos. No obstante, puede ocurrir que el asegurado no reúna el capital suficiente para financiar la prestación en los términos de dicha disposición, caso en el cual, por virtud del artículo 65 de ese mismo estatuto normativo, tendrán derecho a acceder a la garantía de pensión mínima[4] siempre que acrediten 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres, y por lo menos 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones. La norma enunciada es del siguiente tenor:

---

general las condiciones de vida de toda la población» (CSJ SL4350-2019); lo anterior, «independientemente del mecanismo utilizado, (…) regulándose para ello, un principio de justicia, esto es que cada persona deba contribuir según su capacidad y reciba lo necesario para atender de manera digna aquellas vicisitudes» (CSJ SL929-2018).

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Además, este conjunto normativo local es reafirmado en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007 de la Corte Constitucional).

[4: Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.][5: Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).]

De modo que los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de tal modo que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva. Esta referencia es clara en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, que contempla que los modelos vigentes en Colombia son excluyentes pero coexistentes. Y adviértase que la premisa del principio de unidad establecido en el artículo 2.º ibidem es justamente «la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social».

En el anterior contexto, la Corte reitera que las diferencias entre los regímenes pensionales no son restricciones a los derechos pensionales de los afiliados, ni de los objetivos y valores que le dan vigencia y utilidad al sistema de pensiones, pues ambos esquemas de administración están convocados a potencializarlos en su mayor medida, siempre y cuando no se transgredan los límites que impone la propia Constitución Política"

[4] En virtud de lo estatuido en el al artículo 83 de la Ley 100 de 1993 –regulado por el artículo 9 del Decreto 832 de 1996 (compilado en el Decreto 1833 de 2016-, corresponderá a las administradoras de pensiones efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios a efectos de que se haga efectiva tal garantía de pensión mínima y su reconocimiento, conforme los artículos 4 y 7 del Decreto 832 de 1996, estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

> *"**ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.*
>
> ***PARÁGRAFO.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.*

En los términos antedichos, es claro que la garantía de pensión mínima es excepcional en el RAIS en el cual el reconocimiento de la pensión de vejez depende principalmente del capital reunido por el asegurado en su cuenta de ahorro individual, pues como se vio, causación y disfrute ocurren una vez confluyen los requisitos de edad y semanas cotizadas a los que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2º el Decreto 832 de 1996. Aquí, a diferencia del régimen de prima media con prestación definida, no se condiciona su pago al retiro del sistema[5].

En sintonía con dicho pronunciamiento, y descendiendo al caso de autos, tenemos que el demandante cumplió los 62 años el 16 de junio de 2019, al nacer el mismo día y mes del año 1957, según se corrobora con la cédula de ciudadanía que obra a página 10 del archivo 01).

Ahora bien, siendo otro de los requisitos para acceder a la pensión, y siendo un punto del recurso de apelación de PORVENIR, la Sala entra a determinar cuántas semanas cotizó el actor, encontrando al respecto:

- Porvenir en respuesta al actor mediante escrito 2410 (páginas 8 y 9, archivo 01), indicó que:

[5] *Así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 833998 (SL4531 de 2020)*

Dando cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, damos respuesta a su solicitud de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, en los siguientes términos:

Una vez validada su petición y dando respuesta de manera clara, precisa y de fondo **PORVENIR S.A. rechaza la solicitud de pensión de vejez SIN devolución de saldos**, toda vez que a la fecha Usted **no reúne los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993** para acceder a una pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como pasa a explicarse:

Al analizar la prestación solicitada por Usted, encontramos que el saldo existente en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros, **NO le permitían acceder a una pensión de vejez especial conforme a los términos establecidos en el artículo 64 de la Ley referenciada**, en su caso concreto por no presentar el capital pensional suficiente que garantice otorgar de manera vitalicia una pensión que corresponda a una mesada pensional no inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Así las cosas, sólo se adquiere el derecho a la pensión de vejez cuando exista un capital que permita pagar una mesada pensional de por lo menos un 110% del salario mínimo legal.

No obstante a lo anterior, Usted acredita el número mínimo de semanas (1.150) y la edad requerida, para acceder a una posible garantía estatal de pensión mínima de vejez, por lo tanto Usted podría tener derecho, previo la autorización de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, prevista en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, para mayor claridad transcribo la norma:

> ***"Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez***
>
> *Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión."*

Para efectos de que Usted pueda acceder a esta última prestación debe realizarse un estudio y aprobación por parte del **Ministerio de Hacienda y Crédito Publico** conforme a lo establecido en el **DECRETO 832 DE 1996 así**:

> ***"ARTÍCULO 4o. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima**, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima."*

Con anterioridad al envío de la información respectiva, ésta deberá ser verificada por parte de la AFP de acuerdo con las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria.

> ***"Artículo 9º.** Modificado por el Decreto 142 de 2006, artículo 2º. Mecanismos de pago de la Pensión Mínima de Vejez en el Régimen de Ahorro Individual."*
>
> *En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, **previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima,** reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía. Este reporte se mantendrá mensualmente hasta el agotamiento del saldo de la cuenta individual, aplicando el siguiente procedimiento:*

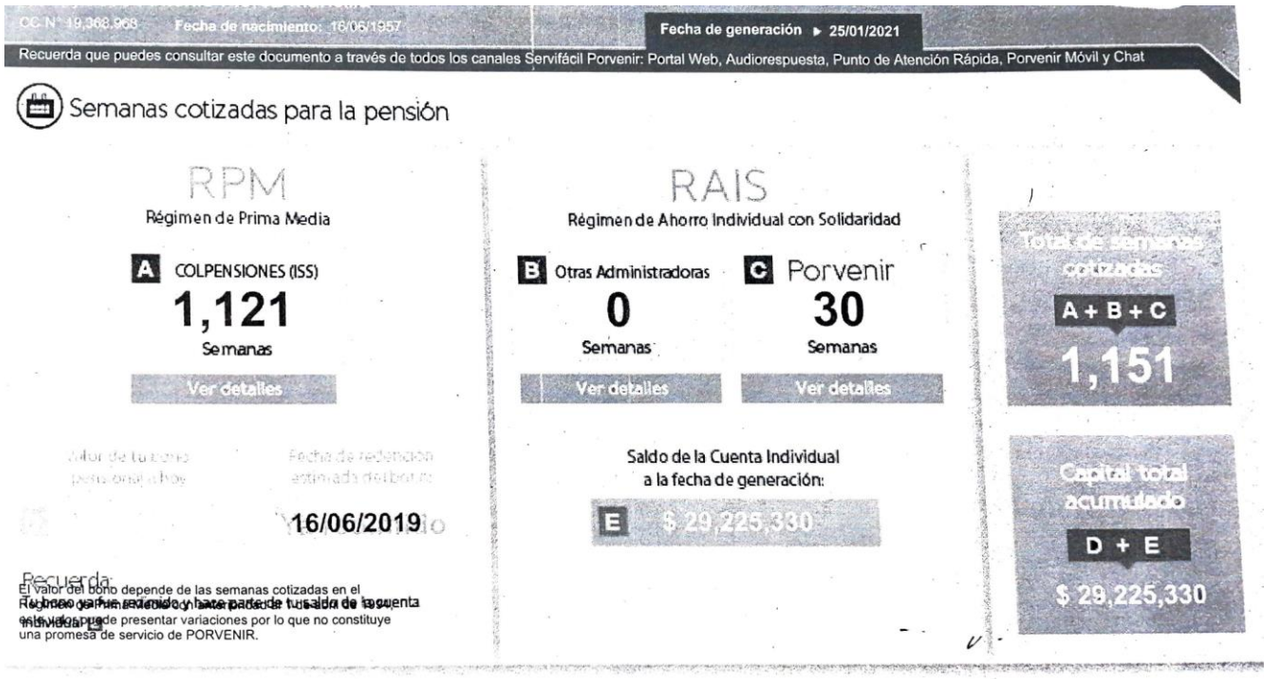
Ahora bien, para que Porvenir S.A. pueda solicitar la garantía de Pensión Mínima de Vejez a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es necesario que las entidades cuotapartistas que se relacionan a continuación, reconozcan y paguen el bono pensional que tienen a su cargo.

			CUOTAS PARTES			
TIPO	NIT / NOMBRE	ESTADO CUPON	DIAS A CARGO	VALOR BRUTO CUPON	VALOR CUPON VERSION ANTERIOR	VALOR FECHA CORTE
Emisor	899999061 BOGOTA DISTRITO CAPITAL	PRE LIQUIDACION	4,540	$7,385,123	$0	$7,385,123
Contribuyente	1 NACION	LIQUIDACION PROVISIONAL	992	$1,613,666	$0	$1,613,666
Contribuyente	830115395 MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	LIQUIDACION PROVISIONAL	287	$466,857	$465,371	$1,486

En virtud de lo anterior, se reitera **el rechazo de la solicitud de garantía de pensión mínima sin devolución de saldos,** hasta que el bono pensional se encuentra acreditado en su cuenta de ahorro individual, con el fin de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico el estudio de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez

En los anteriores términos hemos atendido su requerimiento. Sea esta la oportunidad para renovar nuestro interés y ánimo de colaboración en gestiones futuras.

- Historia laboral actualizada al 25 de enero de 2021 (páginas 20 a 23, archivo 01), donde se relaciona como total de semanas la suma de 1.151 semanas:



Posteriormente, la enjuiciada PORVENIR aportó una historia laboral actualizada al 25 de enero de 2021, acreditando 1148 semanas, así (páginas 63 a 64, archivo 05):



Lo anterior, por cuanto la demandada PORVENIR aceptó que en efecto corrigió las semanas cotizadas por el actor al contestar la demanda, por cuanto para los meses de octubre y diciembre de 2001 se habían computado inicialmente 30 días por cada mes, siendo lo correcto tomar 4 días para cada mes, procediendo entonces a corregir la historia laboral del actor, así:

Semanas cotizadas en Porvenir

Tipo	N° Identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral Oficial			
			Periodo Inicial mm/aaaa	Periodo Final mm/aaaa	Ingreso Base de Cotización	Días Cotizados
NIT	899999061	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	*05/2001*	*05/2001*	*$ 548,000*	*30*
NIT	899999061	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	*06/2001*	*06/2001*	*$ 548,200*	*30*
NIT	899999061	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	*07/2001*	*09/2001*	*$ 553,200*	*90*
NIT	899999061	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	*10/2001*	*10/2001*	*$ 37,000*	*4*
NIT	899999061	BOGOTA DISTRITO CAPITAL	*12/2001*	*12/2001*	*$ 39,000*	*4*
CC	19368968	JOSE ANTONIO FLOREZ MANCILLA	*03/2019*	*03/2019*	*$ 828,116*	*30*

Frente a lo anterior es dable advertir, la AFP procedió de manera unilateral a modificar el total de las semanas laboradas por el actor, sin acreditar en este juicio por qué procedió a verificar que se trataban de novedades de ingreso y retiro y que solo se trataba de 4 días para cada mes (octubre y diciembre de 2001), para un total de 8 días, es decir, restó de la historia laboral del demandante un total de 22 días por cada mes (44 en total), quedando entonces sin sustento alguno el actuar de la AFP.

Ante tal situación, conviene exponer, los fondos de pensiones tienen el deber de: *"(i) el deber de custodiar, conservar y guardar la información y los documentos que soportan las cotizaciones, que hace referencia al especial cuidado que deben tener las entidades al organizar y manipular las historias laborales; (ii) la obligación de consignar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada en las historias laborales, que se enfoca en las características mínimas que deben reunir los datos contenidos en los registros laborales; (iii) el deber de brindar respuestas oportunas y completas a las solicitudes de información, corrección o actualización de la historia laboral que formulen los afiliados al Sistema General de Pensiones, lo anterior porque en el marco de garantizar la veracidad de la información, en caso de que ésta sea inexacta, se debe garantizar la oportunidad y los canales*

adecuados para que los interesados presenten sus peticiones de corrección y sean respondidas en debida forma; y (iv) ***la obligación del respeto del acto propio, que se torna en una protección al trabajador cuando la entidad modifica la información de sus cotizaciones de forma intempestiva****."* (SU 405 de 2021 de la Corte Constitucional. – negrilla y subrayado fuera del texto-.

Por tanto, debe precisarse, cuando se presentan inconsistencias en la historia laboral el fondo de pensiones debe garantizarse la veracidad, claridad y precisión de las historias laborales, y no trasladar la carga de su negligencia a los afiliados, pues en este caso fue la AFP quien a mutuo propio procedió a corregir las semanas de cotización para los periodos de octubre y diciembre de 2001, sin indicar, se insiste, por qué se produjo dicha corrección de la historia laboral, mucho más cuando al analizar la viabilidad de la devolución de saldos, la propia AFP PORVENIR reveló que el demandante acreditaba 1150 semanas, no pudiendo ahora alegar que por una corrección interna que hizo encontró que cuenta el demandante con 1148 semanas.

En este caso, la carga de la prueba sobre la exactitud o veracidad de los datos que obran en la historia laboral **recae sobre las administradoras de pensiones**, no pudiendo PORVENIR desconocer esta situación, pues la desorganización, la no sistematización de los datos o el descuido, no pueden repercutir negativamente en el ex trabajador aquí demandante y por tanto, no es procedente que en este escenario se alegue la falta de registro de novedades que corresponden al año 2001, decidiendo la demandada corregir las mismas previo al 26 de enero de 2022 (*fecha de contestación de la demanda vía correo electrónico, archivo 05).* En este punto, serían de recibo los argumentos de la AFP enjuciada si ofreciera razones justificadas y debidamente sustentadas, esto, sin trasgredir el principio de respeto por el acto propio y de la confianza legítima, caso que no ocurrió, por lo que esta Sala de Decisión tendrá por probado que el actor laboró un total de **1151** semanas, fraccionadas así: RPM 1121 y RAIS 30, junto con un capital que asciende a $**29.225.330**[6]**, causando el derecho a la pensión de garantía de mínima** a partir del 16 de junio de 2019, calenda que no fue objeto de reparo por la demandada PORVENIR ya que atacó únicamente las semanas cotizadas por el actor.

[6] *Dicho capital se extrae del reporte de semanas actualizada al 25 de enero de 2021, páginas 20 a 23 del archivo 01, insertado anteriormente (ver página 16 de este fallo).*

Por lo anterior, es claro que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de garantía mínima, conforme lo concluyó la juzgadora de primer grado, por lo que se confirmará este aspecto.

Frente a los intereses moratorios, conforme los motivos de la alzada, es menester precisar en relación con la procedencia de este rubro, los mismos se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas *pensionales.* La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar *«(…) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (…)7».*

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios[8] de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante[9], criterio reiterado recientemente por la Alta Corporación en sentencia SL3130-2020[10], en la que precisó:

> *«(…)*
> *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de* ***manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe.*** *Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con*

[7] *Sentencia SL1681 de 2020.*
[8] *CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.*
[9] *Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*
[10] *En la cual, además, hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.*

> *amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas»*. (Negrilla de la Sala).

Así las cosas, verificadas las actuaciones desplegadas para conceder la prestación por parte de PORVENIR, se tiene que en el caso de marras el demandante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios el 16 de octubre de 2019 conforme a la petición que obra a páginas 12 y 13 del archivo 01, así mismo el actor suscribió el formulario de – Trámite de anulación de bono pensional- el 19 de mayo de 2020, solicitud que fue respondida por la AFP PORVENIR el día 31 de octubre de 2019, indicando: "*aún no es procedente iniciar el trámite de la citada presentación, toda vez que, estamos a la espera de que se corrija la detención que está presentando con su empleador Alcaldía Mayor de Bogotá, como a continuación se muestra:*

NOMBRE CAUSAL	ESTADO	OBSERVACIONES DETENCION	FECHA INVESTIGACION (DD/MM/AAAA)
EL EMPLEADOR HA NEGADO CONFIRMACION DE HISTORIA O SALARIO	Activo	OFICIO ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA - UNIDAD ADMINISTRATIVA DE CATASTRO DISTRITAL NO. 2019EE26558 DEL 30/05/2019. RADICADO MHCP 1-2019-052919 CON FECHA 07/06/2019. SUSCRITO POR ROSALBIRA FORIGUA ROJAS - SUBGERENTE DE RECURSOS HUMANOS. RESPONDE OFICIO H2019050326 DEL 20/05/2019. DONDE MANIFIESTA QUE SI EXISTE CONFORMIDAD CON LA INFORMACION DE VINCULACIONES, PERO NO EXISTE CONFORMIDAD CON LA INFORMACION DE SALARIO	21/06/2019 03:32:51

Con la finalidad de corregir dicha inconsistencia, la Oficina de bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, le solicitó a la mencionada Entidad que confirmaran en debida forma la información laboral tenida en cuenta para la liquidación de dicho Bono. A la fecha estarnos a la espera de que la citada Entidad proceda como le corresponde, para continuar con las gestiones de cobro de bono pensional. (adjuntamos comunicación)".

Igualmente, PORVENIR al contestar la demanda puso de presente que el demandante, es contribuyente del bono pensional tipo A modalidad 2, debiendo efectuar el reconocimiento y pago del cupón a su cargo, por lo que, una vez fuera emitido por Bogotá Distrito Capital tramitaría lo correspondiente, no siendo de recibo que no accediera al reconocimiento pensional por dicha situación.

Sobre este asunto discurrió la alta corporación en sentencia CSJ SL 2512-2021:

> *"En consecuencia, el retardo en la reclamación de la pensión de garantía de pensión mínima del afiliado, no encuentra justificación en la inconsistencia del bono pensional, pues como ha quedado expuesto, la administradora debió adelantar las gestiones necesarias de manera oportuna para esclarecer todo lo relacionado para la materialización del mismo; en ese orden, no resulta comprensible que, prácticamente cumplidas las condiciones para redimir su bono pensional, no encontrara de manera oportuna la definición del sistema en el otorgamiento de la prestación respectiva.*
>
> *De tal manera que, en ningún error jurídico incurrió la sala sentenciadora al fulminar la condena de pago provisional de la pensión a la entidad encartada, puesto que, como quedó anotado, conforme al artículo 21 del Decreto 656 de 1994, anteriormente citado, es viable establecer la obligación temporal, con cargo a los propios recursos de la administradora, cuando el retardo del reconocimiento de la garantía de pensión mínima se da por causa imputable a la entidad de seguridad social.*
>
> *Ahora bien, si lo que pretendía la administradora era evidenciar que efectivamente había adelantado de manera diligente su actuación o, que el retardo se debió a terceros o al propio afiliado, la vía seleccionada no era la adecuada.".*

En ese orden encuentra la Sala que PORVENIR debió realizar los trámites pertinentes para el reconocimiento y pago del bono pensional y proceder al reconocimiento de la prestación con cargo a sus propios recursos, siendo viable la imposición de intereses moratorios[11], aclarando en este punto, no se verificará la fecha en que fueron ordenados toda vez que este aspecto no fue atacado por la AFP PORVENIR, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado.

En otro giro, teniendo en cuenta que el MINISTERIO DE HACIENDA DE CREDITO PÚBLICO a través de la OBP deberá reconocer los bonos pensionales y el capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor del demandante, esta Sala considera pertinente recordar, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual, el tipo A es el que se emite para las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y cuya modalidad se expide en favor de trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició antes del 1° de julio de 1992, como ocurre en el presente caso, en tanto el actor inició su vida laboral el **18 de octubre de 1983** de acuerdo al "RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS allegado por PORVENIR" – página 65, archivo 05.

---

[11] *En sentencia CSJ SL4298-2021, se dijo: "**Procede la imposición de los intereses moratorios cuando el reconocimiento de la pensión no se realiza oportunamente".***

En esta dirección se tiene que de acuerdo al artículo 115 de la Ley 100 de 1993[12] **tienen derecho al bono pensional entre otros los afiliados que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y que al momento del traslado (15 de marzo de 2001, página 46, archivo 05) hubiesen cotizado no menos de ciento cincuenta (150) semanas**, en este mismo sentido el Decreto 1748 de 1995, "*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales*" en su artículo 3[13] señala que las vinculaciones laborales válidas para el cálculo de los bonos tipo A, son todas aquellas que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional**,** con excepción de las "*vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o discontinuos*", de la misma forma se señaló en el Decreto 1833 de 2016 artículo 2.2.16.1.3. "*Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones*".

---

[12]***ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES.*** *Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales *o las cajas o fondos de previsión del sector público;*

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. ***Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.***

[13] ***Artículo 3º. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS.*** *Las Vinculaciones Laborales Válidas para efectos del presente Decreto son:*

1. Para el cálculo de los bonos tipo A, todas las vinculaciones laborales que el trabajador haya tenido con anterioridad a la fecha del traslado de régimen pensional, con excepción de:

a) Las vinculaciones con empleadores del sector privado que tenían a su cargo las pensiones y con los cuales el vínculo laboral no estaba vigente el 23 de diciembre de 1993, ni se inició con posterioridad a dicha fecha.
b) Las vinculaciones con afiliación al ISS en épocas en las que no se cotizó a ese Instituto para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte -IVM- sea porque el ISS no había asumido aún este riesgo o por mora del empleador.
c) ***Las vinculaciones con cotización al ISS o a cualesquiera cajas o fondos del sector público, que en total no lleguen a 150 semanas cotizadas, o sea 1.050 días, continuos o discontinuos.***

En aplicación de lo anterior, en el presente asunto se tiene que el actor de acuerdo con el reporte de semanas cotizados, antes del traslado a la AFP cotizó un total de **1.121,86 semanas antes del traslado al RAIS** (página 67, archivo 05), por lo que es claro que en este evento sí procede el pago del bono pensional tipo A, conforme a las normas ya citadas y acogiendo la orden respecto a la devolución del referido bono, siendo viable acoger la orden de la juez a quo ya que condenó a la AFP PORVENIR a realizar todos los trámites ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.



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
8058	1,151.14	2787	398.14	0	0.00	10640	1,520.00	2787	398.14	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	5271	SEMANAS:	753.00	DIAS:	7853	SEMANAS:	1,121.86

El número de semanas se calculó con días calendario

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, en este caso es viable la emisión el bono, en la medida que, el demandante cotizó más de 150 semanas al momento del traslado, cumpliendo la densidad exigida en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993[14].

De igual forma, se advierte, para completar el capital adicional para cumplir con la garantía de pensión mínima a favor del demandante, resulta necesario recordar el contenido del Decreto 832 de 1996[15], reglamentario de los artículos 65 y 83 de la Ley 100 de 1993, el cual en sus artículos 4° y 9, estipuló:

> *"ARTÍCULO 4o. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima."*
>
> *ARTÍCULO 9o. MECANISMOS DE PAGO DE LA PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 142 de 2006. (...) En desarrollo del artículo 83 de Ley 100 de 1993, cuando la AFP verifique, de acuerdo con los anteriores cálculos, que un afiliado*

[14] ***PARÁGRAFO.*** *Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.*
[15] *Modificado por el Decreto Nacional 142 del 2006.*

> *que ha iniciado los trámites necesarios para obtener la pensión de vejez reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el Saldo requerido para una Pensión Mínima, incluido el valor del bono y/o título pensional, iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía. Este reporte se mantendrá mensualmente hasta el agotamiento del saldo de la cuenta individual, aplicando el siguiente procedimiento (...)"*

Así las cosas, si bien este decreto estipula que corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, lo cierto es que conforme al artículo 83 de la Ley 100 de 1993, es: "*La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión,* ***la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima*****.", por ende es claro para esta Sala, que la carga de los trámites necesarios para la garantía de la pensión mínima se encuentra en cabeza de la administradora correspondiente, sin que ello sea óbice para el reconocimiento pensional.**

Por las anteriores razones, no puede confundirse la aceptación a cargo del Ministerio de Hacienda cuando se está en presencia de la garantía de la pensión mínima, con el reconocimiento material de la pensión con base en dicha garantía, el cual como ya se estableció **se encuentra a cargo las sociedades administradoras de fondos de pensiones**. Al punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicada bajo el No. 41993 del 20 de febrero del 2013, reiterada en sentencias SL 1534 – 2019 y 4531-2020, indicó:

> *"(...) Por lo demás, el que el artículo 4° del Decreto 834(6) de 1996, se refiere a que la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, le corresponde "el reconocimiento de la garantía de pensión mínima", ha de ser entendido en el sentido de que es la aceptación de que en el caso concreto la Nación concurre con el aporte de los recursos, para que el afiliado "complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión" que es a lo que se refiere el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, más no es el reconocimiento de la prestación misma de vejez, que como se indicó es del resorte de la administradora de pensiones. Lo anterior entre otras razones, porque en el esquema pensional del sistema de seguridad*

> *social, implementado por la Ley 100, el Ministerio de Hacienda no funge como administradora de pensiones, y (…) la forma de financiación que implique acudir a recursos públicos no cambia la naturaleza de la prestación que sigue siendo del régimen de ahorro individual".*
>
> ***Esa obligación de reconocimiento de las prestaciones en cabeza de la Administradora cuando se deba acudir a la garantía de pensión mínima, así como la de llevar a cabo las gestiones para el reconocimiento por parte del Ministerio de Hacienda de tal beneficio**, es todavía más clara en la redacción del artículo 21 del Decreto 656 de 1994, por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones, que en la parte pertinente prescribe:*
>
> > *"Art. 21. (…) Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, **por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos**".* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia, en este caso le asiste obligación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al demandante, dada la inexequibilidad del artículo que creaba el Fondo de Pensión de Garantía de Pensión Mínima (sentencia CC C-794-2004), quedando bajo la administración de las AFP PORVENIR y, una vez se agoten estos recursos junto con los rendimientos, las pensiones reconocidas bajo la garantía de pensión mínima se pagarán con cargo directo a la Nación, a través del presupuesto general.

Dicho lo anterior, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993. En ese horizonte, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, **tiene la responsabilidad de comprobar la suficiencia o no del capital a efectos de que, como entidad gubernamental habilitada (Artículo 4o del Decreto 833 de 1996 y Artículo 11 Decreto 4712 de 2008), determine si otorga y paga o no el subsidio estatal, se advierte, quién debe aportar es la Nación a través del Ministerio dado que la obligación de esta última se limita a la expedición del**

bono pensional, sin embargo, no hay lugar a fulminar condena alguna en contra del Ministerio y FONCEP ya que le concierne a la AFP demandada realizar los trámites pertinentes, no accediendo entonces a lo solicitado en el recurso por la AFP. enjuiciada

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, **sino el hecho de haber sido vencido en juicio**, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la AFP PORVENIR S.A., 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.

Con relación al recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debe advertirse, en primer lugar, esta entidad no fue objeto de condena en la sentencia, por lo que no tiene legitimidad para recurrir, así mismo, es pertinente indicar que el tema de bonos pensionales no fue objeto de litigio en este asunto, pues recuérdese que el debate se dirigió a determinar si al actor le asiste o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de garantía mínima junto con los intereses moratorios y costas del proceso, no pudiendo esta Sala entrar a verificar a quién le corresponde la emisión, liquidación y pago del bono pensional por los tiempos que laboró el demandante cuando tal situación no fue controvertida. Entonces, no puede el ente ministerial anhelar que se sujete el reconocimiento pensional del actor la emisión de los bonos pensionales por parte de las entidades pertinentes cuando dicho trámite está en cabeza de la AFP, como se explicó en precedencia, estando a su cargo lo relacionado con el trámite de los bonos pensionales.

Igualmente, no es posible atender en esta instancia que se vincule al empleador que no ha validado o aprobado la historia laboral del actor, pues si así lo consideraba el ministerio, debió proponer el medio exceptivo pertinente en la

oportunidad procesal y ello no sucedió, no siendo admisible que en esta alzada se expongan estas situaciones. En gracia a la discusión, se indica al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el legislador previó que, si la entidad requerida para que allegue la información pertinente es de carácter público, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6o del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con el Código Disciplinario Único, se recalca, durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben **procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente,** a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos de la apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

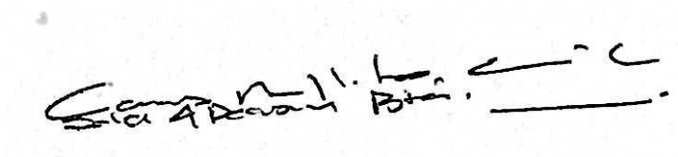
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

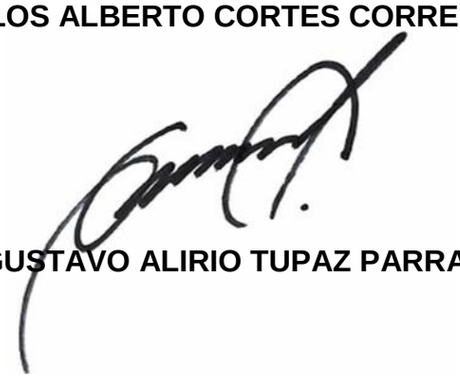
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 DANIELA ALEXANDRA MARTINEZ MARTÍN CONTRA NATURA COSMÉTICOS LTDA (RAD. 20 2021 00215 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación formulado por la empresa demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 09 de marzo de 2023 (archivo 09 del expediente digital, récord: 42:00), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre la señora DANIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ MARÍN y la sociedad NATURA COSMÉTICO LTDA., se ejecutó un contrato de trabajo desde el 3 de febrero del año 2020 y el 02 de octubre del mismo año 2020, conforme las consideraciones de la parte motivan.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la parte demandada NATURA COSMÉTICOS LTDA., al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social de la trabajadora correspondiente al periodo al embarazo y lactancia correspondiente.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de compensación y en consecuencia compensar a favor de la demandada el valor reconocido a DANIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ MARÍN por concepto de indemnización de que trata el Art. 64 del C.S.T., de los montos que resultaren de la condena.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la demandada al pago de la indemnización de que trata el Art. 239 del C.S.T.*
> ***QUINTO****: **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

> ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a un (01) SMLMV".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación[1], manifestando la inconformidad frente al numeral 2º ya que se

[1] ***"Recurso Demandada (récord: 45:15, archivo 09): "****Muy buenos días, señor juez, nuevamente si, NATURA si tiene inconformidad con el fallo que se acaba de producir en el sentido de que en el numeral 2º se condena a la parte demandada al pago de salarios y prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social, por el periodo del embarazo y hasta la lactancia. Igualmente se ordena compensar el valor de la indemnización, puesto que, para el juzgado, también se ordena el pago de la indemnización de que trata el artículo 239 modificado por Ley 50 de 1990 y el pago de las costas.*
Esa situación, señor juez, causa sorpresa en la sociedad demandada, puesto que, a pesar, señor juez, que usted, en las consideraciones, expresó que la demandante había omitido la comunicación al empleador, considera que esa comunicación no es necesaria y que no es necesaria porque el día en que se efectuó la terminación del contrato, la demandante lo comunicó y lo comunicó en el momento de la terminación del contrato.

Luego aquí no pueden venir a indicar qué NATURA, procedió con un acto de discriminación para violar los derechos de la trabajadora, puesto que como bien lo expresó usted en alguna de las decisiones de la sentencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, un hecho prohibido, para un empleador, significa que efectivamente tiene conocimiento directo del hecho y aquí no hay conocimiento directo del hecho, es más, en la decisión de tutela que usted, señor juez, dijo haber analizado en los documentos y todas las pruebas que están en el proceso se verificó que, efectivamente la demandante conoció ese hecho desde el 11 de septiembre de 2020, pero decidió no comunicarlo, y esa situación la refrenda incluso el esposo de la demandante, donde expresa que efectivamente no la comunicaron al empresario porque era una decisión de pareja, luego no es posible considerar que NATURA efectivamente violó algún derecho de la trabajadora, es más, señor juez, ante el juez constitucional, se informó esa situación, esa confesión, esa concepción está ahí y no es posible, señor juez, por más que se intente utilizar el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, en el sentido de que hay libre formación de convencimiento y que no hay una tarifa legal tampoco que efectivamente, en forma abiertamente sorprendente, se considere que entonces que NATURA no tenía conocimiento del hecho, pero entonces que se van a abrigar algunas decisiones débiles, esa sentencia de la Corte Constitucional, el señor Juez, fue claro en establecer esa serie de situaciones, pero esa serie de situaciones es cuando efectivamente se da cuenta el juez constitucional que en este caso no se dio cuenta el juez constitucional y es más está sentencia, no fue revisada por la Honorable Corte Constitucional y es una sentencia que pasó por la instancia constitucional, luego no es posible, entonces, ahora que, reemplacemos ante el juez ordinario al juez constitucional y entonces ahora ampliemos las garantías que ni siquiera la Corte Constitucional indicó.
Aquí se está ordenando el pago de salarios y prestaciones sociales por todo el embarazo y hasta lactancia y los aportes a la seguridad social, siendo que esa solución, ni siquiera el juez constitucional la tiene prevista, graso error, no es posible que el juez ordinario laboral, en consecuencia, ahora se tome determinaciones de legislar para ordenar una protección donde no hay violación por parte de NATURA de ninguno de los supuestos establecidos, ni en la norma constitucional, ni en la norma laboral.
Es necesario, señor juez, darse cuenta aun cuando usted lo vio, que dijo que la demandante había estado un mes de trabajo y los otros meses virtuales, luego ahí se cae y ahí quedaría en el vacío, el supuesto exutorio porque no se dio y además no se dio porque es que el 2 de octubre, cuando se le comunicó a la trabajadora la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, que la misma parte actora expresa en los documentos que están en el proceso, incluso en la acción judicial ante el juez constitucional, que ese día se le comunicó a la trabajadora y que ella inmediatamente expresó el estado de embarazo, luego esa situación, también quedó demostrada en el proceso.
Esa prueba médica del 11 de septiembre de 2020 ni siquiera se le hizo conocer a la demandada el día 2 de octubre y eso también se verificó en el proceso, en la sentencia, en el trámite de tutela, la misma parte actora dice que anexaba al juez constitucional la prueba médica, luego esa prueba médica, también se discutió en este proceso y se dijo que NATURA únicamente lo conoció después de la terminación del contrato y por habérsele remitido, a un Juez constitucional, cuando nosotros nos notificamos de la tutela, nos dimos cuenta de la prueba, en ningún momento aquí se dijo la prueba se le transmitió a NATURA, es

más, la misma demandante manifestó que, efectivamente ante el juez de tutela que había hecho conocer ese esa situación, y de recursos humanos, el testigo que vino, la señora manifestó que efectivamente, el día después de la terminación del contrato, después del proceso de terminación del contrato, se expresó que la señora estaba en estado de embarazo pero verbal, recursos humanos o la persona que también manejó recursos humanos, que fue el señor Óscar Jiménez, que fue la persona que le expresó a su despacho que él era quien recepcionaba todas las pruebas médicas de las gestantes, manifestó que en ningún momento la demandante, le expresó esa situación. Luego no puede el juzgado armar unas teorías bajo el principio de la libre formación del convencimiento y predicar que el empleador en este proceso viola unas disposiciones legales y fuera de eso, entonces se idea el juzgado en forma totalmente equivocada, una teoría para expresar que efectivamente se deben los salarios, las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social, siendo que ni la misma justicia constitucional no determinó ninguna situación de eso ante el hecho de no habérsele notificado al empleador del estado de embarazo, es más, se ordena en forma totalmente asombrosa que se paguen salarios y prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, pero además, una indemnización, siendo que el artículo de la indemnización dice es que cuando el empleador tenga pleno conocimiento del estado de embarazo de la demandante y aquí no tenía conocimiento del estado de embarazo, es que no puede ser concomitante el estado de embarazo simultáneo con la notificación con la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, no es posible que aceptemos desde ningún punto de vista que entonces, cuando un empleador vaya a dar por terminado el contrato de trabajo, el trabajador saque un haz bajo su manga y diga, es que estoy en determinada situación de estabilidad laboral y por ende, en consecuencia, que se predique que el empleador es un violador de derechos, porque en el momento de la terminación del contrato se le notificó y no hizo nada, no, es que la decisión ya estaba tomada, es que para dar por terminado un contrato de trabajo de una persona no se toma en 1 minuto, eso también se necesita una decisión razonada del empleador.

Ahora, no se puede matizar en este proceso que la jurisprudencia, conforme al artículo 43, la jurisprudencia colombiana, conforme al artículo 43, brinda especial protección a la mujer y al hombre, y es que ahí perfectamente nosotros entendemos eso y en ningún momento violó esa situación, lo que pasa es que en el momento de la terminación del contrato, la demandante sacó un haz bajo su manga intentando supuestamente, detener la decisión judicial, ahora, no es posible que se articule el artículo 2, el artículo 25 de la declaración universal de derechos, en el sentido que allí se protege la maternidad y la infancia, claro, pero es que nosotros no violamos esa disposición, mucho menos el estatuto de derechos económicos, sociales y culturales, aquí no violamos ninguna regla legal ni internacional, que debamos respetar en el estado colombiano al momento del despido de la trabajadora demandante, luego no consideramos que efectivamente, se impongan decisiones blandas o soluciones blandas o soluciones débiles, puesto que es que nosotros no realizamos ningún acto de discriminación en contra de la trabajadora, y mucho menos que se nos imponga un deber de pagar la indemnización, así sea previa la compensación con la indemnización que se pagó al momento de la terminación de contrato, luego tampoco es cierta la consideración del juzgado, que es clara la ilegalidad del despido, no es clara la ilegalidad del despido y aquí no hay una duda para resolver en favor de la trabajadora, aquí lo que estamos poniendo es la posición de lo que realmente pasó y por eso es que estamos ante una instancia judicial porque es que en la instancia judicial también NATURA tiene derechos. Aquí el debido proceso y el derecho de la defensa también es un valor y un fundamento que se le debe respetar a NATURA, luego tampoco aceptamos la consideración de que es nulo el despido, en virtud del artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la consecuencia de eso es el restablecimiento de los derechos con una posición débil o con una posición blanda ideada en forma totalmente sorprendente y sin ningún fundamento por el juez.

Nótese que incluso, se respalda el juzgado de la sentencia SU-075 de 2018, pero se descontextualiza esa enseñanza judicial porque allí se dice que efectivamente tiene que haberse notificado, pero tiene que haberse notificado también previamente, es que no es simultáneo, en consecuencia, no podemos aceptar esa solución blanda que se le ofrece al presente caso para que puedan surgir las condenas que allí se relacionan. Luego no es cierto que, opere la protección del despido y que no es necesario que, el trabajador notifique, por el contrario, la jurisprudencia colombiana ha verificado que debe notificarse y es más, señor juez, usted en su consideración indica que efectivamente la demandante confesó en su despacho a través del interrogatorio de parte, que no le notificó a NATURA, luego si no le notificó a NATURA, sino hasta el día en que se dio por terminado el contrato de trabajo, no puede el juzgado considerar entonces que aquí hay unas decisiones blandas y entonces ordenar el pago de salarios, prestaciones, salarios y prestaciones sociales durante el embarazo y hasta la lactancia por más señor Juez, el embarazo supuestamente de la señora empezó 3 meses antes y esos 3 meses antes ya se habían

condenó al pago de salarios y prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, por el periodo del embarazo y hasta la lactancia. Igualmente, se ordenó compensar el valor de la indemnización por despido, puesto que, el juzgado también ordenó el pago de la indemnización de que trata el artículo 239, modificado por Ley 50 de 1990 y el pago de las costas.

---

cancelado, entonces vamos a tener que hacer en el evento puramente teórico que el tribunal llegase a confirmar tan equivocada decisión, entonces vamos a tener que pagar 3 meses más de salario, siendo que el salario usted lo dio por determinado y estableció que hasta octubre 02 de 2020, NATURA, pago salarios y prestaciones sociales, o sea que es una doble sanción en contra de NATURA, una doble sanción sin efectivamente verificar que aquí no se trata de un acto de discriminación, no, es más las prestaciones sociales por jurisprudencia, por enseñanzas, por enseñanza pacífica de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se causan por la prestación efectiva del servicio, y la prestación efectiva del servicio aquí no se da, es más, señor juez, usted dice en la decisión que es para proteger los derechos económicos de la madre y del menor, craso error también porque se analizó de forma indebida el testimonio del padre del menor, en donde el padre del menor dijo que había solventado todos los gastos y que había pagado la seguridad social; luego de ¿dónde está la protección? ¿cuál fue la violación que hizo NATURA como para llegar a tan equivocadas decisiones?

Igualmente, señor juez, no es inoficioso comentar que, el contrato de trabajo fue por 8 meses, de febrero a octubre de 2020 y en donde la demandante, en el transcurso del contrato de trabajo hasta el 2 de octubre, no había notificado la determinación del estado de embarazo, luego no se pueden reactivar, protecciones legales o constitucionales frente a una persona que calla en su favor una situación que, lo puede proteger, pero cuando el empresario toma una decisión libre y espontánea no discriminatoria, entonces saca una carta y ganó el juego, eso no es posible que se presente en la justicia laboral ordinaria.

En consecuencia, señor juez le solicitó a su señoría que me ofrezca la posibilidad de que el Honorable Tribunal vea recurso de apelación, revise la decisión para que en su lugar se absuelva a NATURA de la solución blanda que en forma totalmente equivocada y sin ningún fundamento, ideó el juzgado en el sentido de pagar prestaciones sociales durante el embarazo y hasta la lactancia y el pago en aportes a seguridad social.

Igualmente, para que revoque la decisión en el sentido en que ordenó compensar la indemnización del artículo 64, bajo el criterio de que se debía condenar a la indemnización del artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 y decisión en la que efectivamente se condenó en costas.
Lo anterior, señor juez, para mejor proveer tomo como argumentos por economía y celeridad procesal, tomo como argumento los hechos y razones de la defensa y la oposición y los fundamentos a la oposición de las pretensiones y todos los documentos que reposan en el proceso, los interrogatorios de parte y los testimonios para que el Honorable Tribunal, revoque la decisión y en su lugar absuelva, a NATURA de cualquier situación en el evento puramente teórico o poco probable que el Tribunal considere que el fallo debe confirmarse, le solicitó al Honorable Tribunal modificar el numeral segundo en el que si el Tribunal considera puramente, el argumento es puramente teórico, puramente hipotético, si el Honorable Tribunal, considera que se le deben pagar los salarios que se debe confirmar ese numeral segundo que lo confirme, pero modificándolo en el sentido en que se debe pagar, únicamente el salario desde el día 3 de octubre de 2022 y hasta el momento en que nació el bebé y dos que revoque la decisión, con relación a las prestaciones sociales y salarios, a las prestaciones sociales, puesto que no hay prestación efectiva del servicio, y finalmente, que revoque la decisión respecto de los aportes a seguridad social, porque como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, las decisiones del juez también tienen que tener una decisión o una un efecto práctico y aquí efecto práctico no existe, puesto que después de terminado el contrato, la seguridad social pues no pudo ofrecerle ninguna protección.
Igualmente, señor juez, en el sentido en que se modifica en forma asombrosa la decisión del juez la decisión de la Honorable Corte Constitucional, adoptando unas medidas blandas que no corresponde.".

Narró, esta situación causa sorpresa en la sociedad demandada, puesto que, a pesar, que en las consideraciones el *a quo,* expresó que la demandante había omitido la comunicación al empleador, concluyó que esa comunicación no es necesaria porque el día en que se efectuó la terminación del contrato, la demandante lo comunicó.

En su sentir, no puede indicarse, que la demandada NATURA, procedió con un acto de discriminación para violar los derechos de la trabajadora, puesto que en algunas de las decisiones de la sentencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, es un hecho prohibido para un empleador, bajo el entendido que efectivamente tiene conocimiento directo del hecho y aquí no hay conocimiento directo del hecho, es más, en la decisión de tutela y todas las pruebas que están en el proceso se verificó que, efectivamente la demandante conoció ese hecho el 11 de septiembre de 2020, pero decidió no comunicarlo, y esa situación la refrenda incluso el esposo de la demandante, donde expresa que efectivamente no la comunicaron al empresario porque era una decisión de pareja, luego no es posible considerar que NATURA efectivamente violó algún derecho de la trabajadora, decisión que se informó al juez constitucional, confesión, que va en contravía incluso del artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, en el sentido de que hay libre formación de convencimiento y que no hay una tarifa legal.

Agregó, se ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales por todo el embarazo y hasta la lactancia junto con los aportes a la seguridad social, solución que ni siquiera el juez constitucional tiene prevista, siendo un graso error, y no es posible que el juez ordinario laboral, ahora se tome determinaciones de legislar para ordenar una protección donde no hay violación por parte de NATURA de ninguno de los supuestos establecidos, ni en la norma constitucional, ni en la norma laboral.

Para este caso, la demandante había estado un mes presencial y los otros meses virtuales, luego, ahí se cae y ahí quedaría en el vacío, la supuesta discriminación porque no se dio y además no se dio porque el 2 de octubre, cuando se le comunicó a la trabajadora la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, que la misma parte actora expresa en los documentos que

están en el proceso, incluso en la acción judicial ante el juez constitucional, ella inmediatamente expresó el estado de embarazo y no con antelación.

Insistió, la prueba médica del 11 de septiembre de 2020 ni siquiera se le hizo conocer a la demandada el día 2 de octubre y eso también se verificó en el proceso, en la sentencia del trámite de tutela, la misma parte actora adujo que anexaba al juez constitucional la prueba médica, luego esa prueba médica, también se discutió en este proceso y se dijo que NATURA únicamente lo conoció después de la terminación del contrato, en ningún momento la prueba se le notificó a NATURA, es más, la misma demandante manifestó que, efectivamente ante el juez de tutela había dado a conocer esta situación. Esta situación se comprueba con el testimonio de Nathalia Salazar al ser la representante de recursos humanos, quien adujo, que después del proceso de terminación del contrato, se expresó que la señora estaba en estado de embarazo de manera verbal, a su vez el señor Óscar Jiménez, fue la persona que expresó que él era quien recepcionaba todas las pruebas médicas de las gestantes y que en ningún momento la demandante, le puso en conocimiento esa situación. Entonces, no se pueden crear teorías bajo el principio de la libre formación del convencimiento y predicar que el empleador en este proceso viola unas disposiciones legales, pues a la empresa no s ele notificó el estado de embarazo.

Aquí el debido proceso y el derecho de la defensa también es un valor y un fundamento que se le debe respetar a NATURA, luego tampoco se acepta la consideración de que es nulo el despido, en virtud del artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, y que la consecuencia de eso es el restablecimiento de los derechos con una posición débil o con una posición blanda ideada en forma totalmente sorprendente y sin ningún fundamento.

Indicó, el juzgado se respalda en la sentencia SU-075 de 2018, pero se descontextualiza esa enseñanza judicial porque allí se dice que efectivamente tiene que haberse notificado previamente, no es que sea simultáneo, en consecuencia, no acepta este extremo esa solución blanda que se le ofrece al presente caso para que puedan surgir las condenas que allí se relacionan y no opera la protección del despido.

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 DANIELA ALEXANDRA MARTINEZ MARÍN en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y subsanación (páginas 3 y 4, archivo 03), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a páginas 4 a 6 ibidem, encaminadas a:

PRINCIPALES:

1. Proteger la estabilidad laboral reforzada por el fuero de maternidad y lactancia invocando derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la seguridad social, ordenando al demandado proceda a reintegrarla al trabajo en condiciones dignas, y cancelarle sus salarios, aportes de seguridad social, salud y pensión, así como las demás prestaciones a que tiene derecho.

SUBSIDIARIAS.

1.1 señalado lo anterior se solicita al Juez ordenar a la sociedad demandada a pagarle los aportes en seguridad social desde el dos (2) de octubre de 2020, así como los salarios dejados de percibir a partir de su desvinculación, su señoría usted es autoridad competente para proteger el derecho al trabajo, los principios mínimos que lo rigen y la necesidad de protección a la parte más

débil en la relación contractual-laboral reconociendo derechos en condiciones de debilidad manifiesta.

1.1. Aunado a lo anterior la Estabilidad laboral de la mujer embarazada el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan y prohibición de despido particularmente de las mujeres gestantes. Con el fin de disminuir la brecha de desigualdad en razón al género, evitar el trato discriminatorio contra las trabajadoras a causa del embarazo y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres.

1.2 En ese orden, se equivocó el empleador cuando omitió lo consagrado en el artículo 239 y 240 del Código Sustantivo del trabajo, según el cual el empleador debe pagar al trabajador, una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo. Así las cosas, se solicita a su honorable despacho condenar a la entidad demandada al pago de los emolumentos y sanciones moratorias referidas en el libelo de la demanda.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, en tanto se declaró que entre la señora DANIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ MARÍN y la sociedad NATURA COSMÉTICO LTDA., se ejecutó un contrato de trabajo desde el 3 de febrero del año 2020 y el 02 de octubre del mismo año 2020, se condenó a la parte demandada NATURA COSMÉTICOS LTDA., al pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social de la trabajadora correspondiente al periodo al embarazo y lactancia correspondiente, se declaró probada la excepción de compensación y se ordenó compensar a favor de la demandada el valor reconocido a DANIELA ALEXANDRA MARTÍNEZ MARÍN por concepto de indemnización de que trata el Art. 64 del C.S.T., de los montos que resultaren de la condena, se condenó al pago de la indemnización de que trata el Art. 239 del C.S.T. y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el *a quo*,** no existe discusión del vínculo de las partes desde el 3 de febrero al 2 de octubre de 2020. Frente a la ineficacia de la terminación en virtud del estado de gestación de la demandante, adujo, la empresa demandada tenía pleno conocimiento del estado de gestación de la demandante, previo a la terminación pese que ésta notificó el mismo día de desvinculación, sin embargo, el empleador pese a conocer dicha situación,

procedió a desvincularla el 02 de octubre de 2020, conclusión a la que se llega una vez se revisaron las pruebas recaudadas. Citó al efecto la jurisprudencia de la Corte constitucional que se concreta en la renovación del contrato de trabajo, esto, si el empleador tuvo conocimiento del estado de gestación, lo que genera una protección de carácter constitucional. Precisó, el conocimiento no es requisito para establecer si existe fuero de maternidad, por lo que dicha corporación ha dado unos casos como hechos notorio e incapacidades, debiéndose analizar cada situación en concreto, sin que exista una tarifa legal para demostrar que la empresa conocía sobre el embarazo, reiterando, dicha notificación es irrelevante para verificar la protección constitucional cómo opera, destacó, que cuando la trabajadora no comunica es claro que no hubo un nexo discriminatorio.

En el caso concreto adujo, la demandante estaba embarazada y puso en conocimiento de la empresa esta situación el 2 de octubre de 2020, no siendo plausible que la empresa procediera a la terminación del contrato, pues si bien los testigos de la demandada informaron que la empresa no tenía conocimiento lo cierto es que, si bien la demandante faltó con el deber de informar a la empresa su estado, no se puede obviar la estabilidad en el empleo que le asistía. Máxime cuando apenas estaba en la formalización del proceso de desvinculación pudiendo tomar en dicho momento las acciones pertinentes.

En este orden, lo primero que se debe hacer referencia, es que en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Así las cosas, debe advertir la Sala, no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 03 de febrero de 2020 al 02 de octubre de la misma anualidad, aspecto que se constata con el contrato de trabajo aportado por la demandada, liquidación de prestaciones sociales y carta de terminación del contrato de trabajo de páginas 33 a 47, *(archivos 06. Contestación Demanda).*

Ahora, persigue la actora de manera subsidiaria, siendo objeto de apelación, se ordene el pago de los aportes en seguridad social desde el 02 de octubre de 2020, así como los salarios dejados de percibir a partir de su desvinculación junto con la indemnización de que trata el artículo 239 y 240 del C.S.T.

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

> ***«ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.***
>
> *1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa*[2].
>
> *2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.*
>
> *3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.*
>
> *4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término».*

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

> ***«ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.***
>
> *1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Declarada la exequibilidad condicionada mediante Sentencia Corte Constitucional C-005 de 2017 en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la).*
>
> *2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el*

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

> *funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.*
>
> *3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.*
>
> ***ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.*** *Modificado por el art. 8o. del Decreto 13 de 1967.* ***El nuevo texto es el siguiente:***
>
> *1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.*
>
> *2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados*».

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

La línea de pensamiento que sobre la materia ha dejado vertida la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, distingue dos periodos de protección: el primero comprendido por el tiempo de gestación y los tres meses posteriores al parto[3], durante el cual no es posible despedirla sin autorización previa del Ministerio del trabajo; y el segundo, el amparo a la lactante que corresponde al segundo trimestre posterior al alumbramiento.

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

Por el contrario, cuando el despido tiene lugar en el segundo trimestre siguiente al nacimiento del menor, esto es, durante el descanso para lactancia, la carga probatoria se traslada a la trabajadora quien deberá demostrar que el móvil del

[3] Actualmente debe tenerse en cuenta el tiempo de duración de la licencia de maternidad que es de 18 semanas.

despido fue precisamente esa situación. Para la Corte «*una interpretación diferente del artículo 241 del CST, conllevaría a ampliar la sanción de ineficacia del despido en los términos que prevé el precepto 239 ibidem, y que solo se extiende hasta los tres meses posteriores al parto, como expresamente lo prevé dicho precepto*»[4].

En el caso que nos ocupa, se solicita el fuero de protección por estar la trabajadora en estado de embarazo, aspecto sobre el cual ha puntualizado la jurisprudencia laboral, **que es una exigencia legal el conocimiento del empleador del estado de gravidez,** a efectos de que opere la protección contemplada en el artículo 239 del CST. Así se reiteró en las sentencias CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, CSJ SL7270-2015 y CSJ SL351-2021. En esta última la Alta Corporación recordó:

> *«[…]mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que su decisión obedeció a ello.*
>
> *Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:*
>
> *[…] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral» .*
>
> *[…]*
> *Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-,se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad […].*
>
> *En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.*
>
> *En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciase en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adoctrinó:*
>
> *(….) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del*

[4] SL3733 de 2018.

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

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8º del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.

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

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

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

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

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

Cuando el embarazo se encuentra en un estado que permite que sea inferido*: La jurisprudencia constitucional ha entendido que cuando una mujer se encuentra en su quinto mes de embarazo, sus cambios físicos le permiten al empleador inferir su estado. Así, por ejemplo, en sentencia T-354 de 2007, la Corte estableció que pese a la duda sobre la notificación del estado de embarazo por parte de la trabajadora, se consideraba que los superiores jerárquicos debían saber del embarazo de la accionante "como quiera que ésta,*

*para la fecha de terminación del contrato de trabajo, contaba aproximadamente con 28 semanas de gestación, circunstancia que difícilmente puede pasar inadvertida por los compañeros de trabajo y por sus superiores jerárquicos". **En este sentido, la Corte ha entendido que 5 meses de embarazo** "es un momento óptimo para que se consolide el hecho notorio de [la] condición de gravidez". Se trata entonces de una presunción, en el sentido de que, **por lo menos al 5º mes de la gestación, el empleador está en condiciones de conocer el embarazo. Presunción que se configura en favor de las trabajadoras**.*

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

***Cuando el embarazo es de conocimiento público por parte de los compañeros de trabajo**: La Corte Constitucional ha entendido que, cuando el embarazo de la trabajadora es de conocimiento público por parte de sus compañeros, es posible asumir que el embarazo es un hecho notorio en si mismo o que, por conducto de un tercero pudo enterarse el empleador.*

[…]

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

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

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

En el caso de autos, de entrada, se atisba que la actora no comunicó formalmente de su estado de embarazo a la empleadora, hoy demandada, pues así lo confesó en su interrogatorio de parte al manifestar (**récord 43:20, archivo 08:** *"… yo comencé a prestar mis servicios y estuve un mes presencial y luego fue virtual, por el COVID fue virtual, recibí los pagos, inicié una tutela por mi estado de embarazo, informé el 2 de octubre".*

De tal modo que, resulta necesario verificar en el acervo probatorio aportado, si el empleador tuvo conocimiento del embarazo de la trabajadora por la configuración de un hecho notorio o por la noticia verbal de un tercero o, si comunicó al empleador antes de producirse el despido el mismo 2 de octubre de 2020, en los términos reseñados previamente.

En ese sentido, en el asunto se recibió el interrogatorio del representante legal de la demandada y los testimonios de los señores **NATHALIA SALAZAR, LUIS CARLOS SILVA PERDOMO, ÓSCAR JAVIER JIMÉNEZ y ANDREA RODRIGUEZ**, quienes expusieron:

> ***Interrogatorio Representante Legal Demandada. récord 46:28, archivo 08:*** *"Soy Abogado, no tuve el privilegio de conocer a Alexandra, tengo conocimiento de las acciones iniciadas, yo acompaño los procesos sin embargo este no era el caso dado no se tenía conocimiento del estado de embarazo, las reuniones no se graba, por el contrario en esa época estábamos aprendiendo apenas a vivir con la virtualidad, cuando se graban se debe contar con todas las autorizaciones y permisos del caso, yo no soy el único representante pero el tema de liquidaciones es del área de nómina de la empresa, es complicado para un representante conocer sobre el desempeño, tengo conocimiento por lo que se expresa en la demanda y contestación, la acción de tutela no fueron consideradas y negaron, en segunda instancia se dijo que no era procedente".*
>
> ***NATHALIA SALAZAR,*** *récord 16:27, archivo 08: "Soy psicóloga, Coordinadora de recursos humanos en Natura, ella duró 8 meses en el 2021 pandemia, el contrato se terminó sin justa causa, no sabía que estuviera embarazada, nos dio al momento del retiro, posterior a la diligencia fue que nos enteramos, ella comunicó el mismo día, ella salió en octubre de 2020, el proceso se estaba dando de manera verbal, todos los procesos eran virtuales, ella y todos los colaboradores teníamos trabajo en casa, ya se había realizado la desvinculación y ella hizo una llamada y nos contó que estaba en gestación, se hizo el proceso normal de retiro, ella nos contó que estaba en embarazo, fue netamente verbal, a ella le correspondía trabajar en Bogotá y teníamos acceso solo para ciertos procesos, era casos extremos, teníamos el proceso pandémico y solo podían salir personas con excepción, pero no podíamos trabajar presencial todo fue virtual, yo soy de recursos humanos, estábamos 100% virtual, ella manifestó cuando se había acabado el proceso, los procesos de retiro se hacían a través de correo electrónico, se firma digital y no era presencial por no tener contacto, siempre se hace con acompañamiento de otra persona, eso dependía del proceso, siempre estamos dos personas en el proceso de retiro, la decisión la toma la empresa y notifica, eso fue una decisión, nosotros tenemos una evaluación y no había notificación de que Daniela estuviera en estado de embarazo, si ella hubiese notificado sería distinto, los procesos de gestión son todos virtuales, todos los momentos eran virtuales hasta los llamados de atención, todo ese flujo de vida era virtual".*
>
> ***LUIS CARLOS SILVA PERDOMO, récord 56:57, archivo 08:*** *"Soy Director de Obra en Constructora Bolívar, soy el esposo de Daniela, mi esposa ha trabajado con ellos, yo no he trabajado allá, declaró por el retiro que se le hizo a mi esposa encontrándose en estado de embarazo, el retiro se dio el 2 de octubre de 2020, a mi me tocó solventar los gastos del hogar, ella tenía 3 meses, nosotros tomamos la decisión de notificar solo a partir del 3 mes porque habíamos tuvimos una pérdida, por eso notificamos solo en ese momento, una vez se retiró a mi esposa iniciamos un proceso, nosotros informamos el 2 de octubre cuando le terminaron el contrato a mi esposa".*
>
> ***OSCAR JAVIER JIMENEZ, récord 1:08:35, archivo 08: "****Soy administradora en seguridad y salud en el trabajo, trabajo como especialista en Natura, ella estuvo a inicios de la pandemia, no la conozco pero yo ya estaba ahí, desconozco los motivos de esa ruptura, yo era el encargado de recibir notificaciones de nuevas gestantes y ella no comunicó nada, cuando hablamos de la Pandemia fue de marzo en adelante,*

> *esto cambió la forma de trabajar y se reportaron unos registros conforme a la norma sanitaria, atendiendo los cuidados de la persona tuvimos que hacer las actividades desde casa, todos estábamos en virtualidad, excepto unos trabajadores como excepciones, Daniela era parte del sitio administrativo, ella no tenía que asistir de manera recurrente, en la mayoría de los tiempos era virtual, ella era del equipo virtual, no tenía conocimiento que estuviera en embarazo, ella no reportó, no acompaño la actividad de desvinculación, más de las novedades tenemos conocimiento de los estados de una personas siempre se mira si está en incapacidad o algo, Daniela no notifico, posterior a su desvinculación escuché que estaba embarazada pero antes no, teníamos un link para el registro de esta novedades y eso no se notificó ni de recursos humanos, incluso, cuando tuve contacto con ella".*
>
> ***ANDREA RODRIGUEZ, récord 1:29:10, archivo 08:"****Soy profesional em mercadeo y publicidad, el esposo de Daniela es primo de mi esposo, no he trabajado en Natura, tengo conocimiento que Daniela trabajaba en Natura y el finalizaron el contrato estando en embarazo, ella estaba preocupada y tenía incertidumbre, duró cesante y tuvo su bebé pero tenía que estar al lado de su bebé, de eso tuve conocimiento, ella trabajaba virtual no supe si tenía que ir a reuniones presenciales, ella tuvo la pérdida de un bebé y por eso fue demasiado difícil el nuevo proceso, no estuve presente cuando Daniela notificó el embarazo". .*

Verificado lo anterior, la prueba testimonial recaudada y que fue solicitada por la empresa demandada (**NATHALIA SALAZAR** y **OSCAR JAVIER JIMÉNEZ**), goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de Decisión dado que los citados testigos fueron espontáneos y dan fe por su conocimiento directo, de las circunstancias en que se desarrolló la relación contractual que ató a las partes, dando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes, aunado a que les consta de manera directa los hechos narrados por haber prestado sus servicios para la demandada. Igual suerte corre las declaraciones de los señores **ANDREA RODRIGUEZ,** quien nunca trabajó para la empresa y el esposo de la demandante, señor **LUIS CARLOS SILVA PERDOMO**, ya que corroboraron que la demandante en efecto NO informó el estado de gestación debido a que ya había perdido un bebé y por ende, consideró oportuno, junto con su pareja, esperar el avance gestacional en el primer trimestre y después comunicar lo pertinente, dando a conocer entonces su estado de embarazo solo hasta el día en que le fue terminado el contrato de trabajo.

Como pruebas documentales se aportó ecografía obstétrica transvaginal de fecha 11 de septiembre de 2020, en la que se informa que la demandante tenía 6 semanas y 6 días de gestación (páginas 11 y 14, archivo 01 y 03), única prueba que se arrimó al plenario, no existiendo duda que la misma no se puso en conocimiento de la empresa por parte de la demandante, por el contrario,

solo a través de la acción de tutela instaurada con posterioridad a la terminación se adjuntó dicha prueba.

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

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

En primer lugar, según los hechos de la demanda la actora recibió resultados de los exámenes que se había realizado, por medio de los cuales confirmó su estado de embarazo, no obstante, decidió junto con su esposo no informar su estado a la empresa ya que había perdido un bebé y no quería correr el riesgo. De modo que, la actora no reportó su estado de embarazo.

Ahora, para la fecha de terminación del contrato la demandante le informó a su empleador del estado de embarazo, pues contaba con casi 9 semanas, que equivalen a un poco más de 2 meses, aproximadamente, lo cual evidencia que para el accionado no era un hecho notorio que la señora DANIELA ALEXANDRA se encontrara embarazada, ya que no contaba con los 5 meses que señala la jurisprudencia como término razonable para que se configure dicha presunción. Más aun, cuando la misma demandante admitió que laboraba desde casa a través de la modalidad de – trabajo en casa-. y por tanto no era posible ver los cambios físicos o malestares propios del embarazo. Además, reitera esta Corporación, los señores **NATHALIA SALAZAR** y **OSCAR JAVIER JIMÉNEZ**), fueron enfáticos en expresar, respectivamente:

> ***NATHALIA SALAZAR, récord 16:27, archivo 08:*** *"(…) posterior a la diligencia fue que nos enteramos, ella comunicó el mismo día, ella salió en octubre de 2020", "ya se había*

> *realizado la desvinculación y ella hizo una llamada y nos contó que estaba en gestación, se hizo el proceso normal de retiro, ella nos contó que estaba en embarazo, fue netamente verbal".*
>
> ***OSCAR JAVIER JIMENEZ, récord 1:08:35, archivo 08: "****yo era el encargado de recibir notificaciones de nuevas gestantes y ella no comunicó nada", "no tenía conocimiento que estuviera en embarazo, ella no reportó", "teníamos un link para el registro de esta novedad y eso no se notificó ni de recursos humanos".*

En tercer lugar, en el expediente no reposan pruebas de que la actora hubiese solicitado permisos o licencias para acudir al control de su embarazo en el ginecólogo o cualquier otro médico especialista, permisos que, en todo caso vale señalar conocía de su procedimiento y había hecho uso de ellos en su anterior vinculación, según los formatos aportados al plenario.

En cuarto lugar, no puede pasar por alto la Sala que dado el estado de emergencia declarado con ocasión de la pandemia generada por el COVID-19, el aislamiento, confinamiento y cuarentenas decretadas para la época de los hechos (septiembre y octubre de 2020), desde luego que se dificultaba conocer o inferir su estado de embarazo por parte del empleador y sus compañeros de trabajo, lo cual, en todo caso se infiere de los testimonios de los señores NATHALIA SALAZAR y ÓSCAR JAVIER JIMÉNEZ.

En ese orden de ideas, conforme a las pruebas aportadas al plenario y valoradas a la luz de la sana crítica, no se puede derivar una conducta o circunstancia en particular adelantada por el empleador que permitiera inferir que conocía del embarazo de la demandante, más aún, cuando la misma actora informó que decidió no contar sin solamente hasta el día de la terminación del contrato.

En todo caso, como la actora misma admitió que no comunicó de su estado de embarazo, **debía demostrar con otros medios de prueba que el empleador tuvo conocimiento del mismo, carga que se encuentra en cabeza de la demandante al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del CGP**, por lo que en dichas condiciones no podía generarse el fuero de protección solicitado, pues debe insistirse, sólo un conocimiento del empleador del estado de embarazo, puede fundar válidamente una aserción tendiente a que el empleador despidió a la trabajadora por dicha razón, lo que impone despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda. Pues si bien el a quo estableció que la demandante notificó su estado el día en que le notificaron la

terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que la decisión de finalizar el vínculo laboral no obedeció al estado de gestación de la demandante, adicionalmente, la actora debió notificar de manera inmediata su estado para que se activará la protección, sin embargo, ello no ocurrió.

En lo términos precedentes, se revocará la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada de las condenas impuestas, consistentes en el pago de salarios, prestaciones, aportes e indemnización del artículo 239 del C.S.T.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a NATURA COSMÉTICOS LTDA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **DANIELA ALEXANDRA MARTINEZ MARTÍN,** conforme a la parte considerativa.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

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 WILMA ELIZABETH CANO BAEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., (RAD. 21 2022 00122 02).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado **DANIEL FRANCISCO GÓMEZ CORTÉS,** como apoderado sustituto de la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 721, como abogado adscrito 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 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 las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de agosto del 2023 (archivo 32, récord: 03:20), en la que resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora WILMA ELIZABETH CANO BÁEZ al régimen de ahorro individual el 15 de octubre de 1998, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de la misma anualidad, por intermedio de porvenir s.a., quedando por la ineficacia también los traslados realizados a horizonte, hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A e ING HOY PROTECCION S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación*

definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

***SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora WILMA ELIZABETH CANO BÁEZ. por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz o del traslado a uno de esos fondos y durante el tiempo de permanencia de la demandante con ellos con cargo a sus propios recursos.*

***TERCERO: CONDENAR** a PROTECCION S.A. -ultimo fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta individual de la señora WILMA ELIZABETH CANO BÁEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.*

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

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio, conforme a lo motivado.*

***SEXTO: CONDENAR** en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de $100.000 a cargo de COLPENSIONES, PROTECCION S.A, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., esto es 100.000 para cada una.*

***SÉPTIMO: CONSULTAR** esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.".*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES presentó recurso de apelación[1], manifestando, la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual de

[1] ***Recurso Colpensiones (récord: 06:04, archivo 32):*** *"Gracias, gracias su Señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal Sala laboral de Bogotá para que así revoque su totalidad de la sentencia, acabada de proferir.*

Se debe tener en cuenta que la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual de manera libre, voluntaria y en cumplimiento de las solemnidades legales respecto a la carga de la prueba y el deber de información en este caso, la nación afectada, pues es COLPENSIONES y esto en cuanto a la sostenibilidad del sistema de pensiones, máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1998, queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente. 25 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental (inaudible) aunque el precedente jurisprudencial, pues de la Corte Suprema utiliza como norma para aplicación al deber de información del Decreto 663 de 1993, sin embargo, pues este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 y el Decreto 2071 al 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario e informado por cuanto las leyes que surgieron entre año de 1993 y 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde costaba la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso de la señora demandante, la cual suscribió el formulario y realizo el respectivo traslado para el año 1998 con la AFP PORVENIR.

También se debe analizar si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto o adverso, como lo es para el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y ponerse de acuerdo con su mesada pensional, encuentra en esta clase de acción, es la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido a las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de protección, ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

manera libre, voluntaria y en cumplimiento de las solemnidades legales. Respecto a la carga de la prueba y el deber de información, explicó, la nación se ve afectada en cuanto a la sostenibilidad del sistema de pensiones, máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1998, queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente. 25 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental, aunque el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema utiliza como norma para aplicación al deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 y el Decreto 2071 al 2015, ya que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde costaba la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso de la demandante, la cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para 1998 con la AFP PORVENIR.

Agregó, también se debe analizar si en la presunta falta de información produce un efecto cierto o adverso, como lo es para el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y ponerse de acuerdo con su mesada pensional, encuentra en esta clase de acción, la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido a las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de protección, ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia, previo a la devolución de la totalidad de la suma asegurada en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar, debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada a estos fondos la

---

Por último, pues si en caso de que los Honorables Magistrados no se acojan a los argumentos expuestos pues por mi representada y en consecuencia la Sala confirme la providencia objeto de alzada, solicitó se condicione en cumplimiento de la sentencia, previo a la devolución de la totalidad de la suma asegurada antes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar, debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada a estos fondos la demandante, toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto, pues no sean reintegrados los recursos. En igual sentido, solicitó que no se condene en costas a mi representada, toda vez que no participó, en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a COLPENSIONES. En ese sentido, dejo sustentado mi recurso de alzada, solicitando se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las órdenes y condenas impartidas en su contra, gracias.".

demandante, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento hasta tanto, no sean reintegrados los recursos. Asimismo, pidió no se condene en costas.

Por su parte, COLFONDOS, indicó[2], se colige del plenario que se actuó conforme a derecho ya que, para la época del traslado primigenio de 1998 no existía otras exigencias, además, los fondos no pueden ser entidades del sector financiero para las obligaciones, pero entidades de la seguridad social para los efectos de prescripción, la única norma aplicable y vigente para ese momento era el Decreto 692 de 1994, por tanto, acudir a otra norma es un abuso del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, es decir, esa aplicación analógica procede cuando no existe

[2] ***Recurso Colfondos (récord: 09:42, archivo 32): "****Sí, en la oportunidad procesal pertinente y con amparo en lo preceptuado en el artículo 65 y 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferirse.*

Señores Magistrados, solicito respetuosamente que se revoque la decisión que acaba de darse en el presente asunto. Sea lo primero advertir que se colige del plenario que se actuó conforme a derecho en ese traslado primigenio de 1998 no existía otras exigencias, que en la parte motiva de la presente providencia, se haya aceptado el artículo 663 de 1993, convierte a los fondos privados en entidades del sector financiero, entonces es responsable de la judicatura de aplicar la ley en toda su integridad, es decir, aplicarle a las instituciones del sector financiero los términos de prescripción que no pueden ser una cosa para una cosa y otra cosa para otra cosa, no pueden ser entidades del sector financiero para las obligaciones, pero entidades de la seguridad social, para los efectos de prescripción, la única norma aplicable y vigente para ese momento era el Decreto 692 de 1994, señores Magistrados, acudir a otra norma es un abuso del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, es decir, esa aplicación analógica, cuando no existe norma expresa, es buscar una norma más favorable cuando existe dentro del ordenamiento una norma expresa como es el Decreto 692 de 1994, como es el artículo 13 original de la Ley 100 de 1994.

En lo que corresponde a mi representada señoras magistradas, señores magistrados, magistrado, ponente y usted auxiliar, que proyectará muy seguramente esta sentencia, ruego absolver la obligación de pagar las cuotas de administración y seguros previsionales, si se hace un estudio juicioso, lo único que se encuentra dentro del compendio normativo que regula la materia, son las obligaciones de descontar mes a mes las cuotas de administración y seguros previsionales, hallar de otra forma es ir en contra del legislativo, que se ha negado categóricamente por más de 15 años a cambiar esta norma, es fallar contra derecho, con el apoyo del artículo 1746, el cual habla de restituciones mutuas, ineficacia de afiliación, la cual habla de dejar sin efecto, como si las cosas nunca hubiesen ocurrido, con esa premisa, entonces se tendría que los rendimientos nunca ocurrieron y por lo tanto, podrían apropiar las administradoras de él. Desconocer que se pagaron las cuotas de seguros previsionales que la hoy demandante estuvo amparada, es desconocer la normatividad que rige el sistema general de pensiones, obligar al cálculo que representa la indexación sobre estos temas, no genera un beneficio sobre la señora Vilma Elizabeth, no hay beneficio para COLPENSIONES, no hay cambio sustancial, pero sí representa unas cargas económicas y no tanto en el pago, sino en el proceso de la información, que conlleva la búsqueda de cuántos son unas cuotas pírricas del 3% y la indexación que sobre estas debe hacerse, resulta contravía de la economía procesal que debería regir en estos asuntos, así que, señores magistrados, entendiendo el soporte legal que estas cuotas de administración, estos seguros previsionales tienen en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la ley 797 del 2003 o por los artículos que determinan la forma de financiar la pensión de sobrevivientes y la pensión de invalidez, esto encontrado dentro de la Ley 100 de 1993, es el sustento legal que se tiene, e ir en contra de esto es ir en contra del derecho.

Por último, señores magistrados, dentro del plenario quedó probado que más que la falta de información y buen consejo, lo que se tiene es un afiliado hábil, conocedor a plenitud del sistema que usa todas las herramientas para engordar su cuenta de ahorro individual, que creció, a la par con el sistema pensional y cuando las condiciones de su vida laboral fueron más favorables, decide cambiarse de régimen, es decir, se mantuvo hasta el último minuto cuando las condiciones le eran más favorables en el régimen de ahorro individual, es así como a la fecha, a hoy al 2023, después de haber cumplido hace más de 5 años la edad mínima para pensionarse en el régimen de prima media, no ha podido completar el número de semanas, pero ante la perspectiva de poderlas completar con unos salarios importantes dentro del sector público, decide su regreso, asunto que era imprevisible para el momento de la afiliación, por lo tanto, la asesoría que recibió fue la mejor, podría ya estar presionada hace mucho tiempo, asuntos en los cuales no fue objeto esta sentencia no fue parte evaluativa de la parte motiva de esta sentencia, pese a estar claramente esbozados dentro del plenario, así que, señores magistrados, en tal sentido dejo sustentado mi recurso rogando, suplicando que se revoquen las condenas proferidas en contra de mi representada. ".

norma expresa y se debe buscar una norma favorable cuando no existe dentro del ordenamiento jurídico y en este caso existe el Decreto 692 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1994.

En este caso, lo único que se encuentra dentro del compendio normativo que regula la materia, son las obligaciones de descontar mes a mes las cuotas de administración y seguros previsionales, hallar otra forma es ir en contra del legislativo que se ha negado categóricamente por más de 15 años a cambiar esta norma, es fallar contra derecho con el apoyo del artículo 1746, el cual habla de restituciones mutuas e ineficacia de afiliación y permite dejar sin efecto las cosas, como si nunca hubiesen ocurrido, con esa premisa, entonces se tendría que los rendimientos nunca ocurrieron y por lo tanto, podrían las administradoras desconocer que se pagaron las cuotas de seguros previsionales, desconociéndose la normatividad que rige el sistema general de pensiones, obligando al cálculo que representa la indexación sobre estos temas, lo que no genera un beneficio a la demandante ni para COLPENSIONES y no hay cambio sustancial, pero sí representa una carga económica que conlleva a la búsqueda de unas cuotas pírricas del 3% y la indexación que sobre estas debe hacerse, lo que resulta en contravía de la economía procesal que debería regir estos asuntos.

De esta forma explicó, estas cuotas de administración y los seguros previsionales previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 7 de la Ley 797 del 2003 determinan la forma de financiar la pensión de sobrevivientes y la pensión de invalidez, sustento legal que no se puede desconocer.

Narró, dentro del plenario no quedó probado la falta de información y buen consejo, lo que se tiene es un afiliado hábil, conocedor a plenitud del sistema que usa todas las herramientas para engordar su cuenta de ahorro individual que creció, a la par con el sistema pensional y cuando las condiciones de su vida laboral fueron más favorables, decide cambiarse de régimen, es decir, se mantuvo hasta el último minuto cuando las condiciones le eran más favorables en el régimen de ahorro individual, es así como a la fecha, después de haber cumplido hace más de 5 años la edad mínima para pensionarse en el régimen de prima media, no ha podido completar el número de semanas, pero ante la perspectiva de poderlas completar con unos salarios importantes dentro del sector público, decide su regreso, asunto que era imprevisible para el momento de la afiliación, por lo tanto, la asesoría que recibió fue la mejor, podría ya estar pensionada hace mucho tiempo.

La codemandada PORVENIR, presentó inconformidad frente a la indexación, explicando[3], teniendo en cuenta la sentencia SL-9316 del 29 de junio de 2016 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se indicó que bien es cierto, la indexación corresponde a la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria de la economía, también debe tenerte en cuenta que una de las obligaciones que tienen los fondos de pensiones es garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados. En este resulta incompatible ordenar la indexación teniendo en cuenta que la cuenta ahorro individual de la demandante no se vio afectada por dicho fenómeno de la inflación, sino al contrario, siguió generando rendimientos.

Por último, SKANDIA, expuso[4], no existen razones prácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico, por medio del cual el traslado de régimen

---

[3] ***Recurso Porvenir (récord 16:22, archivo 32): "****No quería confirmar, su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que revoque parcialmente el fallo de primera instancia referente a la condena de la indexación de mi representada y lo sustento de la siguiente manera.*

Su señoría, teniendo en cuenta la sentencia SL-9316 del 29 de junio de 2016 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, allí este órgano de cierre indicó que bien es cierto, la indexación corresponde a simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la condición inflacionaria de la economía, también es de tenerte en cuenta en este orden de ideas, que una de las obligaciones que tienen los fondos de pensiones se encuentra, la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados. En este caso la señora Elizabeth, pues resulta incompatible ordenar la indexación teniendo en cuenta que la cuenta ahorro individual de ella no se vio afectada por dicho fenómeno de la inflación, sino al contrario, siguió generando rendimientos su señoría. De tal manera, pues de esa manera dejó sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.".

[4] ***Recurso SKANDIA S.A. (récord, 17:36, archivo 32): "****Sí, gracias su señoría de manera respetuosa, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por su Honorable despacho con el fin de que sea resuelto por la Sala Laboral de los Honorables Tribunales Superiores del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con los siguientes argumentos. En primer lugar, Honorables Magistrados debo indicar que no existen razones prácticas o jurídicas que conduzcan la ineficacia del acto jurídico, por medio del cual el traslado de régimen pensional, pues la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consciente y espontánea, sin ninguna presión de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos legales que se hacían exigibles para la fecha, la cual se produjo el traslado de régimen pensional, y esto lo digo en atención a que la demandante antes de tomar la decisión de trasladarse al régimen pensional para recibir una información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del régimen de ahorro individual y en virtud de esto, la demandante suscribió un formulario de oficio, en el cual manifestó su voluntad de trasladarse a régimen pensional mediante la suscripción del mismo. Frente a la firma del formulario, pues debo indicar que este no debe entenderse como un mero requisito formal, sino que el mismo se debe entender como una plena manifestación de su voluntad y del conocimiento de las implicaciones de su traslado, lo cual pues como cualquier otro acto jurídico, cobra unos efectos jurídicos, los cuales para el presente caso es el traslado eficaz de régimen pensional de la demandante, ahora bien, sin perjuicio de esto, Honorables Magistrados, solicito tener en cuenta que lo que se aplica por el juzgado de primera instancia es la figura de la ineficacia y frente a esta figura debo mencionar la cual se encuentra contemplado en el artículo 897 del Código de Comercio, debo señalar que no se le puede dar una aplicación contraria a los principios de justicia y equidad en la medida en que se aplica en detrimento de mi representado y en beneficio exclusivo de la demandante y esto lo digo porque por un lado se acepta al aplicarse la figura de la ineficacia, existe una cuenta de ahorro individual de la demandante, se acepta que existieron unos fondos de la parte demandante, que quedan en su cuenta de ahorro individual e igualmente se acepta que existieron unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a COLPENSIONES, con el fin de engrosar los aportes de la parte actora y deben ser trasladados por parte de protección, no obstante, por otro lado, y en detrimento de mi representada, si no se acepta la aplicación de la figura de la ineficacia que esos rendimientos financieros que hoy se ordenan trasladarse a COLPENSIONES, pues fueron generados por la actividad profesional de las administradoras de pensiones demandadas, entre esas mi representada, tampoco se acepta por esa que es por esta actividad profesional y en virtud de la propia ley que se gasta, causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados, por lo tanto, pues debo señalar que si se va a aplicar la figura de la*

pensional, sea ineficaz, pues la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consciente y espontánea, sin ninguna presión de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos legales que se hacían exigibles para la fecha, y esto se expone en atención a que la demandante antes de tomar la decisión de trasladarse al régimen pensional para recibir una información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del régimen de ahorro individual suscribió un formulario de oficio, en el cual manifestó su voluntad de trasladarse a régimen pensional mediante la suscripción del mismo.

Frente a la firma del formulario, adujo, este no debe entenderse como un mero requisito formal, sino que el mismo se debe entender como una plena manifestación de voluntad y del conocimiento de las implicaciones del traslado, el cual, como cualquier otro acto jurídico, cobra unos efectos, siendo el traslado eficaz.

Sin perjuicio de esto, solicitó tener en cuenta frente a la figura de la ineficacia prevista en el artículo 897 del Código de Comercio, que no se le puede dar una aplicación contraria a los principios de justicia y equidad en la medida que genera un detrimento de la AFP, siendo un beneficio de la demandante, esto, por cuanto existe una cuenta de ahorro individual que produjo unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a COLPENSIONES, con el fin de engrosar los aportes de la parte actora. Estos rendimientos financieros se generaron por la actividad profesional de las administradoras de pensiones y en virtud de la propia ley, así como los gastos de administración fueron legalmente descontados, por lo tanto, si

---

ineficacia, lo conducente sería justamente que no se ordene a trasladar esos rendimientos financieros que hoy por hoy se están ordenando trasladar a COLPENSIONES, puesto que la figura de la ineficacia implica volver todo a su estado inicial, por lo tanto, si esto implica volver todo a su estado inicial, pues tendríamos que estos rendimientos financieros nunca se causaron, por lo tanto, pues reitero que la figura de la ineficacia no puede ser aplicada en beneficio exclusivo del afiliado y en detrimento únicamente de las entidades demandadas.

Por parte debe tenerse en cuenta que estos gastos de administración no fueron descontados por parte de mi representada por su capricho o a su antojo, sino que los mismos fueron descontados en atención a que los gastos de administración se encuentran contemplados en una ley, es la Ley 100 de 1993, los cuales la habilitan para descontar estos gastos de administración en atención a la labor profesional que realiza la entidad frente a los recursos.

Por lo tanto, pues respetuosamente solicito que se revoque la decisión de condenar a mi representada a retornar estos gastos de administración, de la misma forma y de la misma suerte debo indicar, que esos seguros provisionales en los cuales invirtió mi representada, pues tampoco hay lugar a restituir los mismos puesto que mi representada contrató, unas pólizas los cuales cubrieron de manera efectiva unos riesgos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a SKANDIA.

En este orden de ideas, debo señalar, si la demandante, afortunadamente no pasó, hubiera incurrido en un accidente que hubiera afectado su vida o que hubiera puesto o afectado su salud, pues estas pólizas de seguro hubieran cubierto un riesgo, el cual pues efectivamente, en atención a la contratación de la póliza, por lo tanto, pues al haberse cubierto este riesgo y haberse materializado esta protección, no resulta viable que hoy por hoy, se ordene a mi representada restituir (inaudible), las cuales ya incurrió y ya se ya se sufragaron para cubrir justamente un riesgo a favor de la parte demandante.

En estos términos Honorables Magistrados sustento mi recurso de apelación con el fin de que la sentencia de primera instancia sea revocada conforme a los argumentos ya expuestos, muchas gracias, su señoría. ".

se va a aplicar la figura de la ineficacia, lo conducente sería justamente que no se ordene el traslado de los rendimientos financieros que se están ordenando trasladar a COLPENSIONES, puesto que la figura de la ineficacia implica volver todo a su estado inicial, por lo tanto, si esto implica volver todo a su estado inicial, pues tendríamos que estos rendimientos financieros nunca se causaron.

Por parte esgrimió, debe tenerse en cuenta que estos gastos de administración no fueron descontados por capricho o antojo, sino que los mismos fueron descontados en atención a que estos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, los cuales habilitan el descuento en atención a la labor profesional que realiza la entidad frente a los recursos.

De la misma forma, atacó lo concerniente a los seguros provisionales ya que, en su sentir, la AFP contrató unas pólizas que cubrieron de manera efectiva los riesgos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a SKANDIA, señalando, afortunadamente la actora no incurrió en los mismos, pero si hubiera sucedido un accidente que hubiera afectado su vida o salud, esas pólizas hubieran cubierto el riesgo ya que los pagos si se generaron y no pueden ser devueltos.

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 6 y 7, archivo *«01DemandaAnexos.pdf»*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 8 a 10, ibidem), aspirando

> **5.1.1.** Declarar la ineficacia de la vinculación de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. **PORVENIR** para el mes de noviembre de 1998 y en el mes de febrero de 2010, por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento de la demandante y no se cumplió con el deber de información.
>
> **5.1.2.** Declarar la ineficacia de la vinculación de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. **PROTECCION S.A.** para el mes de septiembre de 2006 y agosto de 2012, vinculación que efectuó como un traslado horizontal entre Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante y no se cumplió con el deber de información.
>
> **5.1.3.** Declarar la ineficacia de la vinculación de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. **SKANDIA S.A.** para el mes de junio de 2007 y en el mes de agosto de 2010, vinculación que efectuó como un traslado horizontal entre Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante y no se cumplió con el deber de información

5.1.4. Declarar la ineficacia de la vinculación de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la **A.F.P**. **COLFONDOS S.A.** para el mes de febrero de 2011, vinculación que efectuó como un traslado horizontal entre Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante y no se cumplió con el deber de información

5.1.5. Declarar que el demandante nunca ha efectuado un traslado valido al Régimen de Ahorro individual con solidaridad.

5.1.6. Declarar que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** es la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.**

5.2 CONDENATORIAS

5.2.1 Condenar a **la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a registrar en su sistema de información que la demandante **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.

5.2.2 Condenar a **LA A.F.P. PROTECCION S.A.** a registrar en su sistema de información que la demandante **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.

5.2.3 Condenar a **LA A.F.P. SKANDIA S.A.** a registrar en su sistema de información que la demandante **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.

5.2.4 Condenar a **LA A.F.P. COLFONDOS S.A.** a registrar en su sistema de información que la demandante **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.

5.2.2. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a registrar y activar la afiliación de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ**

5.2.3. Condenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.

5.2.4. Condenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a actualizar en la historia laboral de la señora **WILMA ELIZABETH CANO BAEZ** las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

5.2.5. Condenar a las partes demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

5.2.6. Condenar a las partes demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual el 15 de octubre de 1998, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A. y los posteriores traslados realizados a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A e ING HOY PROTECCION S.A.; en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S.A, SKANDIA S.A.

y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados. por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz o del traslado a uno de esos fondos y durante el tiempo de permanencia de la demandante con cargo a sus propios recursos, se condenó a PROTECCION S.A. - fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados, dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta individual de la demandante, se condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar la historia laboral y se condenó en costas a las codemandadas y a favor de la demandante.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado, precisando, ni tan siquiera le explicó las consecuencias de su traslado, sin que tampoco se haya obtenido confesión alguna por parte de la demandante en su interrogatorio de parte.

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

[5] *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, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de agosto de 1960 (pág. 29, archivo 01), 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 15 de julio de 2021 (pág. 66 a 68, archivo 01), a SKANDIA el 12 de julio de 2021 (pág. 56 a 58, archivo 01) y COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN el 07 de julio de 2021 (pág. 59 a 61, 50 a 5 y 41 a 49, archivo 01), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-; 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 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema 1 semana (Historia Laboral reportada ante Colpensiones, página 46, archivo 01)[6], 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 demandante 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 **15 de octubre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre de 1998** (página 61, archivo 15 y página 77 archivo 11), 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

6

Colpensiones 10 años

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2022
ACTUALIZADO A: 28 noviembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**23/08/1960**
Número de Documento:	**35466489**	Fecha Afiliación:	**03/06/1996**
Nombre:	**WILMA ELIZABETH CANO BAEZ**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CL 130A NRO 11 51**	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
1306117261	SUPERAUTOS LTDA	26/02/1988	03/03/1988	$61.950	1,00	0,00	0,00	1,00
800187567	FISCALIA GENERAL DE	01/06/1995	30/06/1995	$321.000	2,57	0,00	0,00	2,57

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[7], 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.

[7] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 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.

Así las cosas, 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 20118, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

---

[8] *«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.

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…)*
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)»*.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la actora[9] no acreditan de manera alguna que conociera las

[9] ***Interrogatorio Demandante, récord 16:20, archivo 32:*** *"Soy abogada y trabajo en la Procuraduría General de la Nación, en el 98 yo estaba recién ingresada, estaba en el ISS y ese año llegó un asesor a la Procuraduría y nos dijeron que el ISS se iba acabar, yo le dije que no pero la asesoraba e insistía y como yo iba a salir a España me dijo que era mucho más ventajoso y que yo me podía pensionar cuando quisiera y que no había ningún problema, por eso llené el formulario, nosotros teníamos unos cubículos y ellos pasaban por cada puesto, no hubo reunión, solo nos dijeron que el ISS se acababa y me dijeron que a mí me favorecía, para mí no tenía mucha información de eso, no me acerqué a Porvenir, no me hablaron sobre cuneta de ahorro individual, aportes voluntarios, uno sabe que se tiene que pensionar y ahí fue donde verifiqué la mesada y desde ahí hablé con mi abogada, sé que en Colpensiones exigen edad y semanas, la Abogada hizo un estudio y en Colpensiones como $4.500 y Porvenir $2.000.000, no he recibido extractos, tengo Pos grado en derechos humanos y constitucional, yo me gradué en 1995 y desde el 98 ya estaba comenzando en auge de los fondos, yo cuando hablé con los doctora fue cuando me enteré de qué eran los fondos privados y que por tener más de 47 años no me podía trasladar, llegaban los fondos y nos decía que al cumplir 6 meses en un fondo podía pasarme, daban esfero y decían que era lo mismo, en el 2010 volvió y paso lo mismo hasta que alguien me dijo que no me pasara más porque las semanas se podían perder, yo revisando la historia, yo estaba de Directora de Bienestar y miré que el 30 de abril de 2007 no había cumplido los 46 años porque los cumplía en agosto y como venía en esa cotidianidad me pudieron decir que podía pasarme a Colpensiones y eso no sucedió, nunca me dijeron, ellos elaboraban el formulario y yo firmaba, eso era como una feria de fondos y uno se trasladaba de fondo a otro, era como un favor, el tiempo a Colfondos no lo recuerdo mucho porque hubo varios cambios, eso fue cuando me posesioné nuevamente en la Procuraduría, a uno le pasaban el formulario y uno firmaba,*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1998, cuando se afilió a PORVENIR no le dieron información alguna ya que un asesor le dijo que el extinto ISS se acabaría y que perdería el dinero, teniendo que suscribir únicamente el formulario, sin que le brindaran información frente a las implicaciones, que si bien, fue de manera voluntaria se produjo por el miedo de perder los aportes, es decir, no confesó que se le haya informado de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

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

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 77, archivo 11) este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR, proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara,

---

yo estuve en 1990 y terminé en el 1995, la devolución de saldos no sabía que los tenia, me faltaban semanas, eso fue por ignorancia por eso me quedé en los fondos privados, el ISS nunca se acercó a decirnos que nos podíamos pasar si teníamos menos de 47 años no, yo pensé que estaba aseguradora por estar en el fondo privado, yo no sabía que era por monto ahorrado, no sabía lo del capital eso lo supe fue cuando hablé con mi abogada, acabo de cumplir 63 años, tengo como 128 algo semanas, tengo entendido que son 1300 semanas para acceder a la pensión, la última vinculación fue desde septiembre de 2019 a la fecha, el traslado se hizo con el formulario, cuando me trasladé y no sabía las consecuencias, era consciente que el ISS se iba acabar, con Protección fue la misma manera que se hizo el traslado, siempre era por medio de asesores y no se dio información, siempre sucedió lo mismo, no me preocupaba que fueran varios fondos, lo veía normal, a eso nadie le prestaba atención, yo no recibí extractos, en el 2016 cuando me acerqué a la oficina me dieron un extracto y eso fue cuando me retiré de la Procuraduría, no me llegaron extractos, los formularios tenían información normal, datos personales, no recuerdo haber actualizado información, yo fui una vez a la avenida suba pero no volví más".

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, siendo un punto de apelación de Colfondos, 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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 **(15 de octubre de 1998 , efectivo el 1º de 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 CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL**

TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Valga aclarar igualmente a COLFONDOS para resolver los argumentos de apelación, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía a la administradora de fondos de pensiones y no a la posible conducta en que hubiese podido incurrir la demandante al permanecer vinculada en el RAIS desde el año 1998, pues era imposible tener conocimiento para el año del traslado la postura que se está aplicando hoy día, por tanto, no se evidencia una intención de inflar los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual.

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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[10], 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[11], como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Igualmente, se confirma el traslado a cargo de PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA, con relación a **CONDENAR** a PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. de la totalidad de los dineros que descontó, de los aportes realizados por la señora WILMA ELIZABETH CANO BÁEZ. por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados. Precisándose, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución

[10] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[11] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

indicada, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., deben devolver a COLPENSIONES, además de lo anterior, **los rendimientos debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.**

Asimismo, se ordenará, 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 otro punto, con el fin de precisar a los recurrentes COLFONDOS y SKANDIA, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, rendimientos, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 causadas por los anteriores conceptos. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse*

> *la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

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

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207- 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 a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[12] (páginas 36 y 37 *«12ContestacionDemandaColpensiones.pdf»*), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

---

[12] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 24 de enero de 2023 «17AutoTieneContestadaFijaFecha.pdf».*

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta demandada.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y **COLFONDOS S.A**., a trasladar a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por la Juez *a quo,* el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos **rendimientos debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante 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.

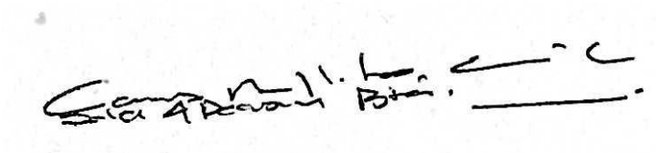
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

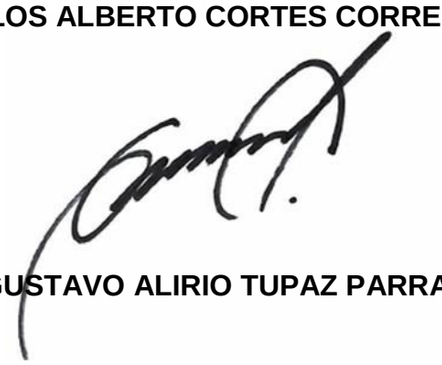
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA CONTRA DRUMMOND LTDA. (RAD. 22 2019 00062 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2022 (archivo 24, récord 48:45), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probadas los medios exceptivos de mérito denominados "cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación" e "inexistencia de derechos por parte del demandante", absteniéndose de realizar pronunciamiento alguno de los demás medios exceptivos formulados, conforme a lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a la demandada Drummond Ltda. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Jhon Jairo Esparragoza Miranda, conforme a lo expuestas en esta decisión.*
>
> ***TERCERO:** En caso tal de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.*
>
> ***CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia."*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación[1], manifestando como inconformidad la manera como el juez de primera

[1] ***Recurso Demandante, archivo 24, récord 49:42:** "Muchas gracias, señor juez, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de notificar, recurso que sustento de manera sintética en los siguientes términos, advirtiendo que en la segunda instancia el mismo será desarrollado con mayor profundidad. Creo que, como punto de referencia o razón*

fundamental de la inconformidad no única, pero sí fundamental, tiene que ver con la manera como el juez de primera instancia interpreta esa fuente formal del derecho tan importante que es la Convención Colectiva de Trabajo y no comparto la manera como lo hace porque es claro que para nada aplica lo dispuesto en el artículo 53 de la carta política, norma que se supone que es imperativa, que establece la obligación de expedir un Estatuto del Trabajo con una serie de principios mínimos fundamentales, si bien el Estatuto del Trabajo no se ha expedido, han sido reiterativas y recurrentes las máximas corporaciones judiciales de señalar que por tratarse de principios mínimos fundamentales, ellos están vigentes y al estar vigentes, pues es necesario y es obligatorio aplicarlas, no es facultativo, no es discrecional del juez y por eso se ha entendido que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo a que hizo alusión en la sentencia tiene esa restricción, o sea, si entendemos si existe una disposición, una fuente formal del derecho que genere algún tipo de duda, pues la manera de resolverla, la única manera de resolverla, no la posibilidad, sino la única manera de resolverla es aplicando el sentido más favorable para el trabajador. Desafortunadamente, pues como ocurre en esta sentencia, dicho postulado no ha sido interiorizado por buena parte de los operadores judiciales, pero precisamente para eso está el control, para que efectivamente hagamos respetar la Constitución Política del país y me refiero a casi toda la argumentación, pero antes de mirar punto por punto, aceptando en gracia de discusión que no tuviéramos que aplicar esa favorabilidad que algunos les molesta tanto, pero aceptando en gracia de discusión, creo que el Código Civil, incluso en el artículo 27, señala que cuando el sentido de la ley es claro, no sé desatenderá su tenor literal o pretexto de consultar su espíritu. Aquí vimos que el esfuerzo que hace el despacho, aunque realmente el esfuerzo fue copiar los argumentos de la empresa, pero el esfuerzo que se hace es para buscar ese espíritu de una norma que es absolutamente clara, o sea, si estuviéramos entre iguales, ni siquiera tendría esa potestad del operador jurídico y aquí lo hace, pero no estamos en el campo del Derecho Civil, del Derecho privado, estamos en el Derecho Social, donde se establece la obligación de interpretar el sentido más favorable de las normas oscuras, pero lo que quiero empezar a destacar es que el auxilio de localización consagrado en el artículo 27 no genera ninguna duda, o sea, establece una serie de condiciones, y yo insisto en que lo que se busca es dar una ayuda, no todo el gasto que requiere el trabajador, en algunos casos podrá ser mayor, podrá ser menor, pero se busca una ayuda si analizan honorables magistrados del Tribunal el texto de la norma convencional, cada 1 de los elementos se han cumplido en ninguna parte. En ninguna parte yo resalto ello, se habla del ausentismo para que la empresa se exonere del cumplimiento de esa obligación, aquí surge también otra inquietud bastante grande, también aceptando en gracia de discusión esa interpretación que no la comparto, pues lo advierto, pero aceptando en gracia de discusión cuál ausentismo, el que deje de asistir un día, 5 días, 10 días, 20 días. Ese tema no lo resuelve el despacho de primera instancia. O sea, si en un mes dejó de asistir un día, no se pagaría al auxilio. O si asistió solamente un día no se paga. ¿Cuál sería el punto de referencia? No hubo ninguna respuesta a un particular. Además, se habla genéricamente. Hubo casi un 100%, se dijo en alguna oportunidad de ausentismo. O sea, no hay ninguna precisión.

Adicionalmente, suponiendo que fuera válida esa interpretación, tendría que haberse demostrado cuál es el parámetro para poder determinar cuándo se entiende que se presente el ausentismo o no, entonces, mirando el texto expreso de la Convención Colectiva en el artículo 27 no hay duda que se cumplieron todos y cada 1 de los requisitos allí establecidos y el operador jurídico no puede restringir ese derecho. Yo creo que en los criterios de interpretación también tendríamos que apoyarnos en el artículo 84 de la Carta Política que dice que cuando hay disposiciones generales que consagran un derecho no se puede entrar a restringir por vía de la interpretación, o sea, que existen muchos elementos de juicio que nos permitirían llegar a la conclusión de que efectivamente se tiene el derecho, estoy hablando del auxilio de localización, pero el mismo argumento lo planteó con respecto al auxilio de transporte. Igualmente es claro que hay una ayuda y esa ayuda se da precisamente para que se pueda sufragar algunos gastos no todos, que implica el transporte y tampoco en esta norma que corresponde al artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece las restricciones que en esa interpretación que el juez trajo a colación, tratando de buscar un espíritu que no se percibe por ningún lado, llega a la conclusión de que tampoco tendría derecho y también hago el mismo comentario con relación a qué tipo de ausentismo se debe presentar para que haya o no haya la causación del derecho, porque la norma si hubiera querido hacer eso, hablaría de una proporcionalidad tan siquiera, pero ni siquiera hace ello, y yo creo que cuando las partes han acordado algo tenemos que respetar específicamente ese convenio, y así debió haber sido. Pero entonces no comparto la manera como el juez interpreta las dos disposiciones que acabo de mencionar que son el artículo 27 y el artículo 29 de la Convención y creo que omite el fallador de manera bastante notable aplicar la Constitución suponiendo que tuviera alguna duda, para mí la norma no genera ni siquiera la duda. Pero aceptando que tuviera la duda, tendría que aplicarse la favorabilidad como lo vienen reiterando las máximas corporaciones judiciales, muy especialmente la Corte Constitucional, que ha insistido en que, obviamente, con mayor razón, el área de la especialidad, que es el área laboral, debería de aplicarlo y dar ejemplo en ese sentido, pero desafortunadamente no se hace con relación a la reubicación.

También personalmente me impresiona el análisis que se hace, yo sí creo que aquí tendríamos incluso que averiguar cuál es el alcance de este acuerdo, o sea, por qué las partes hacen referencia a ello y la conclusión no puede ser a la que llegó el despacho. El texto, en la parte pertinente, es muy claro al señalar reubicación por quebrantos de salud, cuando por determinación de la IPS o AR, en que se encuentre afiliado el trabajador y si es necesario, reubicarlo como consecuencia de una enfermedad, la empresa los reubicará sin desmejoramiento salarial. ¿La pregunta, honorables magistrados es, qué significa eso? ¿Qué hicieron las partes? ¿O sea, por qué se hace esta precisión? Sería que, si borramos esta disposición de la Convención Colectiva, pues no pasaría nada, según la tesis del despacho de primera instancia, porque no puede haber

instancia interpretó la fuente formal del derecho siendo la Convención Colectiva de Trabajo. En su sentir, el *a quo* no aplicó lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta Política, norma que es imperativa y establece la obligación de expedir un Estatuto del Trabajo con una serie de principios mínimos fundamentales, siendo reiterativas y recurrentes las máximas corporaciones judiciales en señalar que por tratarse de principios mínimos fundamentales están vigentes y es obligatorio aplicarlas, entonces no es facultativo, no es discrecional del juez y por eso se ha

---

de mejoramiento salarial en ningún caso, o sea, en ningún caso podría haber una desmejora. Como lo interpreta incluso el señor juez, pero lo interpreta mal la norma y la norma la interpreta erróneamente porque ni siquiera le busca realmente el espíritu y la intención de la disposición. Qué es lo que significa esta disposición que cuando ocurra esa esa circunstancia, que es muy desafortunada, pero es recurrente en una empresa como ella, está laboral y no laboral cuando ocurre esa circunstancia, el trabajador no puede ser desmejorado en sus ingresos salariales. O sea, no está hablando del salario básico, está hablando del salario, del mejoramiento salarial, entonces esto nos obliga a indagar qué significa salario y el salario está definido o por lo menos los elementos constitutivos del salario se encuentran en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando advierte que constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de dominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario de las horas extras, valor del trabajo en día de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones. Qué es lo que quisieron las partes que cuando una persona un trabajador tuviera esta situación no querida por ninguna de las partes, cuando presente esta esta situación que el trabajador no se vea disminuido en sus ingresos en la totalidad de ingresos, en este caso honorables magistrados, llamo la atención sobre ello, la diferencia es notable, notable, o sea, una desmejora del salario. Claro que sí. Una mejora salarial, los ingresos se disminuyeron notablemente. Se afectó el trabajador y su familia durante un tiempo, además muy prolongado, ese no fue el querer de las partes en la Convención Colectiva. Es que sería lo mismo tener la norma que no tener la seguridad lógica. El despacho de primera instancia y recuerden aquel principio que tenemos que aplicar necesariamente es el efecto útil de cualquier disposición, sea legal, sea contractual, sea convencional. O sea, hay que buscarle el efecto útil, la interpretación que hace el despacho de primera instancia no le da ningún efecto útil. Esta norma es una norma, una trascendencia enorme. En otros casos hemos conocido unas normas parecidas en las Convenciones, haciendo referencia únicamente a los riesgos laborales. Aquí las partes que hicieron que no fuera únicamente con respecto a los riesgos laborales, sino cualquier tipo de enfermedad o accidente que implicase. Esa reubicación es que creo que la norma es absolutamente clara en ese sentido. Por lo tanto, la interpretación que hace el despacho me parece que es totalmente equivocada y es lo que yo invito al Tribunal para que lo revise si acoge la tesis que estamos planteando, pues obviamente estamos hablando de un salario, una disminución del salario. Y la consecuencia es que se tendría que pagar el salario que hace falta y fuera de eso el ajuste prestacional, porque al pagarse un salario deficitario las prestaciones sociales se pagaron de manera deficitaria los aporte al sistema de Seguridad Social se pagaron de manera deficitaria y, digamos, es una cadena, pues te habrá que estimar y valorar efectivamente. En todo el sentido del término, igualmente ha de considerar que hay un pago deficitario de las prestaciones sociales, incluye también las cesantías, razón por la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 al 90, operaría necesariamente la indemnización, moratoria que allí está consignada, razón por la cual tiene que dar lugar a ello, o sea, hubo una disminución del salario. Sin duda lo hay. Es un tema objetivo, es un tema objetivo. Es que aquí en la norma no dijo que se rebajará o no la base del salario, sino el salario, Ya leíamos que es todo ello y también sí buscamos la interpretación de las partes, pues la interpretación, el incentivo, el querer de las partes. Pues obvio que llegamos a la conclusión de que el trabajador no debería tener ninguna desmejora en sus ingresos, eso es el propósito. La consecuencia, pues es muy clara y adicionalmente digamos que no se hizo mención por parte del despacho del Tribunal, tendrá que hacer mención a los exámenes y tratamientos que se plantearon como no suministrados por él empleador, teniendo la obligación clara en los términos del artículo 42 de la Convención, y adicionalmente, también digamos que hay una pretensión que no se entiende, que la fue rechazada, obviamente porque le prosperaron las excepciones propuestas por la demandada, es la que tiene que ver con los perjuicios que creo que quedaron claramente demostrados con la intervención de la esposa del demandado, el argumento que planteó el juez es que no prosperaba la tacha de sospecha, razón por la cual es necesario acoger obviamente lo que allí se planteó y sin duda que fue muy evidente en su declaración una serie de perjuicios, por lo menos morales que debieron de haber sido considerados efectivamente. Por las razones anteriores, yo solicito al Tribunal muy respetuosamente sirva a revocar la sentencia es salvo en lo que tiene que ver con la exoneración de la condena en costas en todo lo demás debe ser revocada, de acoger todas y cada una de las pretensiones formuladas. Y advierto nuevamente que en su oportunidad vamos a profundizar este alegato, muchísimas gracias, señor juez".

entendido que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo a que hizo alusión en la sentencia tiene esa restricción.

Agregó, si existe una disposición o una fuente formal del derecho que genere algún tipo de duda, la manera de resolverla es aplicando el sentido más favorable para el trabajador, postulado que no fue aplicado en este caso, además, el Código Civil en el artículo 27, señala que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal o pretexto de consultar su espíritu. Tratándose este asunto de un Derecho Social, existe la obligación de interpretar el sentido más favorable de las normas.

Al punto indicó, el auxilio de localización consagrado en el artículo 27 no genera ninguna duda, pues establece una serie de condiciones y tiene como fin ayudar al trabajador, si se analiza el texto de la norma convencional, cada uno de los elementos se han cumplido, en ninguna parte se habla de ausentismo para que la empresa se exonere del pago del beneficio, ahora, de tenerse por probado que se trata de un ausentismo se debe verificar cuál ausentismo, el que deje de asistir un día, 5 días, 10 días o 20 días.

Suponiendo que fuera válida esa interpretación, tendría que haberse demostrado cuál es el parámetro para poder determinar cuándo se entiende que se presenta ausentismo, entonces, mirando el texto expreso de la Convención Colectiva en el artículo 27 no hay duda que se cumplieron todos y cada uno de los requisitos allí establecidos y el operador jurídico no puede restringir ese derecho de los criterios de interpretación conforme al artículo 84 de la Carta Política que dice que cuando hay disposiciones generales que consagran un derecho no se puede entrar a restringir por vía de la interpretación, existiendo muchos elementos de juicio que permiten llegar a la conclusión de que efectivamente se tiene el derecho al auxilio de localización, igual argumento dirigido al auxilio de transporte.

Añadió, es claro que hay una ayuda y se da para que se puedan sufragar algunos gastos como transporte y esta norma que corresponde al artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece las restricciones que el juez trajo a colación, tratando de buscar un espíritu que no se percibe por ningún lado, llegándose a la conclusión de que tampoco tendría derecho el actor al pago del auxilio de transporte, siendo importante verificar qué tipo de ausentismos se debe aplicar para que proceda la causación del derecho, si la norma hubiera querido hacer eso, hablaría de una proporcionalidad tan siquiera, pero no se hace y si las partes acuerdan algo deben respetar ese convenio.

No se comparte la manera como el juez interpretó las disposiciones de los artículos 27 y 29 de la Convención, omitiendo aplicar la Constitución suponiendo que tuviera alguna duda, empero, la norma no genera duda, pero aceptando que tuviera la duda, tendría que aplicarse la favorabilidad como lo vienen reiterando las máximas corporaciones judiciales, especialmente la Corte Constitucional.

Con relación a la desmejora, esgrimió, el texto en la parte pertinente regula la reubicación por quebrantos de salud, el cual debe determinar si es necesario reubicar al trabajador como consecuencia de una enfermedad, evento en el cual procederá sin desmejora salarial, aquí no se habla del salario básico, aplicando el contenido del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que no solo es la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de dominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario de las horas extras, valor del trabajo en día de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

En el caso del demandante es notable la diferencia ya que los ingresos se disminuyeron notablemente y lo afectó junto con su familia durante un tiempo prolongado, no siendo ese el querer de las partes en la Convención Colectiva.

Consideró, la consecuencia es que se tendría que pagar el salario que hace falta junto con el ajuste prestacional, porque al pagarse un salario deficitario las prestaciones sociales se pagaron de manera deficitaria y los aportes al sistema de Seguridad Social, razón por la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, opera necesariamente la indemnización moratoria, adicionalmente no se hizo mención a los exámenes y tratamientos que se plantearon como no suministrados por el empleador, teniendo la obligación clara de hacerlo en los términos del artículo 42 de la Convención.

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 JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones

de la demanda a páginas 1 a 2 del archivo 02, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a páginas 2 a 7, ibidem, solicitando:

> **1.-** Reconocimiento y pago del auxilio convencional de localización de los meses de febrero, junio, septiembre, octubre, noviembre de 2018 y los que en adelante se causen.
>
> **2.-** Reconocimiento y pago del auxilio convencional de transporte de los meses de diciembre de 2017, enero, marzo, julio, septiembre, noviembre de 2018 y los que en adelante se causen.
>
> **3.-** Reajuste salarial equivalente al que tenía antes de agosto de 2012, momento en que se modificó el horario de trabajo por restricciones de salud, con los respectivos incrementos anuales, en los términos establecidos convencionalmente.
>
> **4.-** Reajuste de la totalidad de prestaciones sociales tanto legales como convencionales como consecuencia del incremento salarial solicitado en el numeral anterior.
>
> **5.-** Declare que la empresa ha incumplido la obligación de otorgar los permisos por los desplazamientos a otros municipios para la práctica de exámenes y tratamientos ordenados por las entidades administradoras del sistema de salud y de riesgos laborales.
>
> **6.-** Como consecuencia de lo anterior, condene al pago de la totalidad de perjuicios, tanto materiales como morales que dicho incumplimiento me ha ocasionado.
>
> **7.-** Ordene a la empresa a que en adelante reconozca los mencionados permisos.
>
> **8.-** Ordene el pago de las incapacidades del 18 de octubre al 1 de noviembre de 2018; del 2 de noviembre de 2018 al 1 de diciembre de 2018 y del 2 de diciembre de 2018 al 31 de diciembre de 2018 que hasta la fecha no ha reconocido la empresa y las que en adelante se causen.
>
> **9.-** Sírvase declarar que los auxilios de localización y de transporte constituyen salario.
>
> **10.-** Como consecuencia de la anterior declaración sírvase ordenar el reajuste de la totalidad de prestaciones sociales tanto legales como extralegales durante todo el tiempo de vinculación laboral.
>
> **11.-** Sírvase ordenar a la empresa reajuste el valor de las cesantías consignado anualmente en el fondo respectivo para efecto de su depósito efectivo, teniendo en cuenta el salario real que el demandante ha tenido derecho.
>
> **12.-** Sírvase ordenar el pago de la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la ley 50 de 1990 equivalente a un día de salario por cada día de retador desde el momento en que la empresa depositó en forma deficitaria las cesantías.
>
> **13.-** Ordene la indexación de las condenas.
>
> **14.-** Condene en costas al demandado

Obtuvo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió de las pretensiones. Para arribar a tal conclusión, estimó el *a quo,* entre las partes se celebró un contrato de trabajo a partir del 23 de marzo de 2006 a la fecha, así mismo, tuvo por acreditado que el actor es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo – CCT-, suscrita entre la sociedad demandada y SINTRAMIENERGÉTICA para la vigencia 2016-2019.

Al resolver sobre el reconocimiento y pago del auxilio de localización y transporte indicó, el actor se ha beneficiado de la CCT, accediendo a los auxilios allí previstos, no obstante, en el lapso solicitado concluyó que no procede el pago ya que se causan los mismos por la efectiva prestación del servicio o ejecución de las labores, resaltando que los auxilios anhelados se causan por laborar en sitios diferentes al domicilio. Al remitirse al contenido del artículo 27 de la CCT, denotó que la norma supedita el pago a los trabajadores de la mina que se trasladaron y alejaron de sus familias, aunado a que el trabajador debe enviar una carta donde informe la nueva dirección dentro de las 72 horas siguientes al desplazamiento.
Expuso el juzgador, en este asunto, el actor presta los servicios en la Loma y la familia vive en Malambo, por lo que en principio le asiste derecho a los auxilios de localización y transporte, no obstante, como el texto convencional no prevé las novedades que puedan desplazar este auxilio, interpretó la CCT 2016 – 2019 citando el criterio de la máxima corporación, consistente en que debe hacer un análisis adecuado sin crear algoritmos infundados (CSJ SL 1593 de 2020), correspondiéndole al operador judicial desentrañar lo discutido por las partes, dándole alcance a la norma convencional, concluyendo en esta litis, el actor es beneficiario de los auxilios de localización y transporte en principio, empero, frente a los ausentismos presentados no es dable dicho reconocimiento al no existir una separación de la familia.

Analizó las normas convencionales de cara a lo narrado con los testigos y estableció que la empresa consideró el auxilio para cubrir los gastos de roll diario por el hecho de que los trabajadores no estuvieran con sus familias siendo la intención de la norma brindar un apoyo por concepto de alojamiento, resultando lógico el impago de los auxilios, destacando que el actor presentó periodos de incapacidades, época en la que no tuvo que pagar arrendamiento alguno, pues no debía estar en la Loma al no tener que prestar los servicios en Drummond, no siendo viable ninguno de los 2 auxilios anhelados al no existir desplazamiento.

Respecto al carácter salarial de los auxilios de localización y transporte, adujo que los mismos se pactaron en la CCT como no salariales en los términos del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, por lo que las partes negociaron las condiciones de las cláusulas y por voluntad de las mismas se pactó como no constitutivos de salario, debiendo prevalecer este acuerdo.

Finalmente, con relación a la desmejora salarial, consideró que el actor sufrió un accidente de tránsito cuando se desplazaba a su lugar de trabajo y como consecuencia de esto le fueron expedidas incapacidades y restricciones médicas,

consistente en acatar una jornada laboral de 8 horas, por lo que la empresa procedió a acatar la mismas sin que ello implique una desmejora, ya que las funciones se cambiaron para evitar el estrés dado el diagnóstico que quejaba al actor, destacando, en junio de 2021 le fueron levantadas las restricciones y por eso hoy día ejecuta el actor turnos de 12 horas. Resaltó, en el contrato se pactó el trabajo por horas y si bien hubo una reducción de la jornada, el valor de la hora no varió, no observándose una desmejora salarial, lo que sucedió es que cambió de 12 a 8 horas con el fin de preservar la salud del demandante.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

De tal manera, previo a resolver el presente asunto, ha de advertirse, no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación del actor con la demandada DRUMMOND LTD desde el 24 de marzo de 2006 a la fecha (contrato suscrito el 23 de marzo de 2006 – páginas 1 a 3, archivo 05 y certificaciones laborales, archivo 01, páginas 125 a 138). En igual sentido, no se discutió y así fue aceptado por el *a quo,* que el señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA, se encuentra afiliado a la Organización Sindical, Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Minera y Energética – SINTRAMIENERGÉTICA, desde el 16 de septiembre de 2006, ejerciendo el cargo de líder sindical.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos del presente asunto se circunscriben a determinar si resulta viable el reconocimiento y pago de los auxilios de localización y transporte previstos en los artículos 27 y 29 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la empresa y Sintramienergetica para la vigencia 2016-2019, correspondiente a los periodos febrero, junio, septiembre, octubre y noviembre de 2018 respecto al primero de ellos, y el segundo lo que corresponde a diciembre de 2017 y enero, marzo, julio, septiembre y noviembre de 2018. Igualmente, deberá determinar la Sala si con la reubicación efectuada a partir del 31 agosto de 2012 se configuró una desmejora salarial al actor con las consecuencias solicitadas en el libelo y si hay lugar a declarar que la empresa ha incumplido la obligación de otorgar los permisos por desplazamientos a otros municipios para la práctica de exámenes y tratamientos.

En esta dirección, para proceder al estudio de los problemas jurídicos planteados, resulta pertinente anotar que a las diligencias se aportó texto con la «*CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO DRUMMOND LTD – SINTRAMIENERGÉTICA con vigencia 2016-2019»* (págs. 19 a 47, archivo 01); cumpliéndose con el requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, se allegó la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, Dirección Territorial Magdalena de fecha 16 de mayo de 2016, siendo esta el medio de acreditación de la existencia y validez de la convención colectiva de trabajo. Sobre el punto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la CSJ SL 16 may. 2001, rad. 15120, CSJ SL 28 may. 2007, rad. 27354, CSJ SL 9 ag. 2011, rad. 38945, CSJ SL3495-2014, CSJ SL8718-2014 y CSJ SL378-2018[2].

Seguidamente, y adentrándose la Sala al primer problema jurídico planteado, debe analizar la procedencia de los auxilios de localización y transporte previstos en el escrito convencional, el cual prevé en los artículos 27 y 29, respectivamente:

Articulo 27

> **27. AUXILIO DE LOCALIZACIÓN:** La Empresa concederá un auxilio de localización por concepto de alojamiento para ayudar a cubrir los gastos en que incurran los trabajadores de rol diario de la mina que residan sin sus familias en la Loma, Chiriguaná, La Jagua de Ibirico, Becerril, Curumaní o Codazzi, consistente en la suma de $319.295 mensuales para el primer año de vigencia.

[2] *En esta última se reiteró: «De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.*

Al respecto, vale la pena rememorar lo dicho por esta Sala, en sentencia CSJ SL8718-2014:

> *En cuanto a la aplicación que reclama la acusación, en este caso de los postulados constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo y de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe decirse que no es válido invocar estos principios para suplir la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, pues la razón de ser de este medio de prueba es precisamente dar certeza a las partes y a terceros sobre la existencia del acto, y su consecuente generación de efectos, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos, de manera que la ausencia de una exigencia requerida para la validez de un acto no puede identificarse como un problema de conflicto de normas, de interpretación de las mismas o simplemente de una formalidad superflua, pues se trata de un asunto de derecho probatorio.*
>
> *Y mediante providencia del 16 de mayo de 2001, radicación 15120, fue enfática la Corte al señalar:*
>
> *[...] al ser la contención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], asi como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo*.*
>
> *En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional (folios 16 a 17), circunstancia que no discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, "a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma", para acreditar así la existencia y validez del mismo, aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia».*

Articulo 29

29. AUXILIO DE TRANSPORTE: La Empresa auxiliará a los trabajadores por concepto de transporte en la siguiente forma:

1. Para los trabajadores de la Mina, que al inicio o final de la rotación de trabajo viajen al Atlántico, Bolívar, Sucre o Córdoba por motivos de su residencia en esos Departamentos, con la suma de $276.422 mensuales.
2. Para los trabajadores de la Mina, que al inicio o final de la rotación de trabajo viajen a la Guajira o Magdalena, por motivos de su residencia en esos Departamentos, con la suma de $155.699 mensuales.
3. Para los trabajadores del Puerto, que al inicio o final de la rotación de trabajo viajen al Atlántico o Bolívar por motivos de su residencia en esos Departamentos, con la suma de $155.699 mensuales.
4. Para los trabajadores del Puerto, que al inicio o final de la rotación de trabajo viajen a Sucre o Córdoba, por motivos de su residencia en esos Departamentos, con la suma de $169.238 mensuales.
5. Para los trabajadores del Puerto o La Mina, que al inicio o final de la rotación de trabajo viajen al interior del país (departamentos fuera de la Costa Atlántica), por motivos de su residencia en esos Departamentos, con la suma de $276.422 mensuales.

Para tener derecho a este auxilio, los trabajadores deberán enviar una carta dirigida al Departamento de Recursos Humanos de su sede, en donde indiquen la ciudad en donde residen, la dirección y el teléfono correspondiente.

En caso de existir cambios en la dirección y/o el teléfono, el trabajador deberá comunicarlo por escrito al Departamento de Recursos Humanos de su sede dentro de las 72 horas posteriores al cambio. La Empresa se reserva el derecho de verificar la información suministrada por el trabajador.

Como bien puede observarse, la primera norma (artículo 27 – auxilio de localización), señala que la empresa DRUMMOND concederá un auxilio de localización a los trabajadores que se encuentren en ciertas circunstancias siendo éstas:

a) Trabajadores que incurran en gastos de **alojamiento** por residir en La Loma, Chiriguaná, La Jagua de Ibirico, Becerril, Curumaní o Codazzi.

b) Los trabajadores deben residir sin sus familias.

c) Los trabajadores deben hacer parte del roll diario de la mina.

d) La empresa pagará la suma de $319.295.

Frente a la segunda norma convencional, esto es, lo relativo al auxilio de transporte, se prevé la obligación a cargo de la empresa siempre y cuando:

a) La suma de $276.422 - trabajadores de la **Mina** que al inicio o final de la rotación viajen al Atlántico, Bolívar, Sucre o Córdoba, por motivos de residencia estos Departamentos.

b) La suma de $155.699: trabajadores de la **Mina** que al inicio o final de la rotación viajen a la Guajira o Magdalena, por motivos de residencia estos Departamentos.

c) La suma de $155.699: trabajadores del **Puerto** que al inicio o final de la rotación viajen al Atlántico o Bolívar, por motivos de residencia estos Departamentos.

d) La suma de $169.238: trabajadores del **Puerto** que al inicio o final de la rotación viajen a Sucre o Córdoba por motivos de residencia estos Departamentos.

e) La suma de $276.422 trabajadores del **Puerto la Mina** que al inicio o final de la rotación viajen al interior del país (departamentos de la Costa Atlántica), por motivos de residencia estos Departamentos.

En este orden, verificando la procedencia del pago de estos auxilios al demandante, en primer lugar, debe advertirse, la Convención Colectiva de Trabajo que compete a este asunto, le es aplicable al actor dada la afiliación desde el 16 de septiembre de 2006, como se explicó en líneas anteriores, no existiendo duda entonces frente a su aplicación.

Ahora, analizando puntualmente los dos auxilios anhelados a través de esta demanda, encuentra la Sala que el primero de ellos -**LOCALIZACIÓN**-, se entrega a los trabajadores de la mina por el hecho de NO convivir con sus familias y deban pagar alojamiento en ciertos municipios, siendo para este asunto “La Mina”; presupuestos que cumple el aquí demandante dado que tenía un cuarto arrendado en La Mina, así como su lugar de residencia era Malambo - Atlántico; hecho que no fue controvertido por la empresa demandada e incluso lo admitió el representante legal al absolver interrogatorio y fue aceptado por la testigo Esther Ariza Gutiérrez[3], última deponente que funge como esposa del

[3] ***M. Esther Ariza Gutiérrez, archivo 15, récord 02:03:23****: “Soy casada con Jhon hace 19 años y 10 meses, vivimos con mi suegro e hijos, trabajo con el ICBF con niños de 4 años, cuando mi esposo entra a DRUMMOND entró con felicidad pero por el accidente se derrumbó, la empresa no le prestó el apoyo, se propinó una situación con el accidente, la empresa no lo apoyó, viene muchas operaciones para él, él quedó con dificultades luego del accidente, tenía a su jefe Ricardo Barro y le negaban las terapias las vacaciones, a él le toco luchar, eso fue duro, él tuvo que acudir a tutelas y vendimos un lote para subsistir, él se volvió malgeniado, aprendí a echarme a un lado para que el solucionara sus problemas, tenía que hacer reclamos a la empresa, no le daban permiso, eso fue duro para nuestra familia, le daban incapacidades de 6 meses y tenía vacaciones acumuladas y se las negaban, cuando estaba incapacitado estaba en mi casa en Malambo, vivimos en esta casa desde que nos casamos, peleando fue que pagaron las incapacidades, fueron varias*

demandante; valorándose su declaración con estricta rigurosidad debido al vínculo existente, sin embargo, debe resaltarse, es quién conoce de manera directa los hechos íntimos del actor (archivo 15, récord 02:03:23).

En cuanto al segundo auxilio denominado transporte, se tiene que el señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA, se ubica en el contenido del literal a)[4] ya que su familia reside en Malambo – Atlántico, y puede existir un desplazamiento al final de la rotación a su lugar de residencia, sea al inicio o final, entonces, al demandante también lo cobija este beneficio.

Ahora, conforme a lo analizado, constata la Sala que el recurrente pretende el pago de los auxilios de localización y transporte, correspondiente a los periodos febrero, junio, septiembre, octubre y noviembre de 2018 respecto al primero de ellos, y el segundo lo que corresponde a los meses de diciembre de 2017 y enero, marzo, julio, septiembre y noviembre de 2018, situación que acepta la encartada no remuneró alegando la presencia de ausentismos como incapacidades, permisos sindicales y permisos remunerados, debiéndose verificar la existencia de los mismos, conforme al material probatorio recaudado – reporte de novedades y relación incapacidades, páginas 148 a 160, archivo 05, evidenciándose:

PERIODO	AUXILIO	NOVEDADES PRESENTADAS
feb-18	LOCALIZACIÓN	20 al 30 de febrero de 2018 incapacitado - 04, 15 y 19 de febrero permiso sindical
jun-18	LOCALIZACIÓN	Los días 3, 4, y 9 incapacitado, permisos sindicales el 9, 14, 15, 18, 22, 25, 26, 28 y 30
sep-18	LOCALIZACIÓN	Los días 3, 10, 17, 18, 21, 22, 28 permiso sindical y los días 13, 14, 25 a 27 incapacidad.
oct-18	LOCALIZACIÓN	4 y 8 permiso sindical y del 16 al 30 de octubre incapacitado
nov-18	LOCALIZACIÓN	Del 2 de noviembre al 30 incapacidad

ocasiones, él estuvo bastante tiempo incapacitado, lo pusieron a trabajar de lunes a sábado, desde el 2012 él esta con cambio de turno y el sueldo bajo, se le bajó el sueldo y teníamos que pagar todo igual, él trabajaba turno de 12 horas, ganaba casi 4 y luego le llegó una carta donde le dijeron que trabajaría un turno de lunes a sábado, llegaba en la noche y se quedaba el domingo, además se la pasaba en un computador, no podía hacer nada, la empresa debe velar porque el trabajador este bien, no podía estar con la familia y sus hijos, debía hacer maleta y la pasaba en el Cesar y eso le redujo el sueldo full, las deudas quedaron, la EPS le envió recomendaciones a Drummond, él labora en César, está en la Loma, lo recogen los buses para la mina, de Malambo a la Loma son 4 horas, eran las 11 y 30 y ahí los trabajadores tenían un bus que lo transportaban y el bus se volteó y se accidentaron, se golpeó el brazo, tiene secuelas y ha dejado de hacer cosas en las rodillas, los brazos, ya no me carga como antes, él no puede coger un tanque de agua, la última cirugía fue de columna, 3 cirugías de la rodilla, estaba en muletas, tienes especialistas que lo tratan, esta situación con la empresa se estresó mucho en casa, su malgenio y su rabia lo afectó".

[4] *a) La suma de $276.422 - trabajadores de la Mina que al inicio o final de la rotación viajen al Atlántico, Bolívar, Sucre o Córdoba, por motivos de residencia estos Departamentos.*

PERIODO	AUXILIO	NOVEDADES PRESENTADAS
dic-17	TRANSPORTE	permiso sindical de 3 días el 5, 6 y 9 de diciembre de 2017 e incapacidad del 15 de diciembre al 30 de diciembre de 2017,
ene-18	TRANSPORTE	1 al 13 de enero de 2018 incapacitado del 1 al 5 de marzo incapacitado, permiso sindical los días 18, 19, 22, 25 a 27, 29 y 31
mar-18	TRANSPORTE	1 a 5 de marzo de 2018 incapacitado, 20y 24 permiso sindical, 23 permiso remunerado, 27 y 28 incapacitado
jul-18	TRANSPORTE	1 a 4, 27, 28 y 30 de julio de 2018 permiso sindical e incapacidad el 31 de julio
sep-18	TRANSPORTE	Los días 3, 10, 17, 18, 21, 22, 28 permiso sindical y los días 13, 14, 25 a 27 incapacidad.
nov-18	TRANSPORTE	Del 2 de noviembre al 30 incapacidad

Igualmente, a fin de constatar lo anterior y la procedencia del reconocimiento y pago de los auxilios de localización y transporte, se recepcionó la declaración del señor JOSÉ DAVID MONTERO[5], quien expuso: "*los auxilios fueron pactados para reconocerse por estar lejos de las familias en determinados municipios durante el trabajo, supuestos que están cobijados en la CCT, si el trabajador no viaja no se cubre el gasto, está relacionado con la prestación de los servicios*

[5] ***José David Montero, archivo 15, récord 1:33:06:*** *"Estoy vinculado en Drummond en el área de recursos humanos desde hace 8 años, el auxilio de localización regulado en la CCT se pactó con el sindicato, ese auxilio se paga porque Jhon funge como directivo sindical en Sintramienergetica, lo que sé es que reclama el pago de localización del CCT de 2016, estos beneficios se dan como no salariales y se apoya al empleado en el desempeño de su rol, fue pactado para reconocerse a las familias en determinado municipios durante el trabajo, sin duda se reconoce por estar lejos de las familias, los supuestos es que esté cobijado en al CCT., si no viaja no cubre, está relacionado con la prestación de los servicios porque se debe desplazar, se trata de un municipio que estaba en la CCT, se da por algunos municipios, sino está en ese municipio no aplica, cumplido esos supuestos al empresa accede a reconocer esos beneficios, como está ligado el auxilio a la prestación del servicio si no se da no se reconoce, hay trabajadores que tiene ausencias largas y no se les reconoce el auxilio, frente al auxilio de transporte es no salarial, en el artículo 29 CCT se indica que el trabajador que al finalizar el turno se vaya para tal departamento o destino, allí se estipula los destinos, se reconoce si el trabajador se desplaza, cuando hay ausentismos no se da, siempre se verifica cada situación y se pasa a nómina para pago, lo que recuerdo es que Jhon ingresó en el 2006 como mecánico y sufrió un accidente y quedó con restricciones médicas y posteriormente fue reubicado, no recuerdo bien al secuencia de su cargo, las reubicaciones no sufren desmejoras en tanto su hora se sigue pagando conforme fue contratado, lo que sucede es que hay medidas que implican variación en la jornada más no en el pago de la hora, cuando Jhon trajo las restricciones y fueron tratadas por el medico ocupacional se implementan medidas como lo fue la reducción de la carga y eso puede dar para que se reduzca al jornada, se paga lo que trabaja, el valor de la hora sigue siendo igual, eso va atado a la evolución clínica que vaya presentado el trabajador, se atiende siempre el tema de salud por protección del empleado, las incapacidades no están pendiente de pago porque él presentó una acción de tutela que se resolvió en su favor y el sistema le pagó todo, no hay nada pendiente, lo que me consta es la verificación que se hizo, la verificación está y se le reconocieron los dineros, esos auxilios son no salariales, así están regulados en nómina, en la CCT no se hace mención de ausentismos, se reconoce el beneficio a quien vive en cierto municipio sin sus familias, por esa razón se infiere que la naturaleza de lo pactado es desplazamiento, esos auxilios se pagan mensual, a medida que se va causando en la quincena siguiente, el área de personal recibe las novedades y ellos determinan si se causa o no el beneficio, desde mi área no hacen esa liquidación, en la Compañía está organizada por sistema de turnos, a veces los trabajadores que presentan restricciones dependiendo de las restricciones se prohíbe turnos excesivos, la fuente es el concepto médico quien hace lectura, Jhon ya está en sus rotaciones normales, tuvo cambios ya que la condición de salud mejoró, son jornadas de 12 horas y tienen 7x3 y 7x4, cada uno de 12 horas, en total trabajan 21 días y descansan 7, en los ingresos se disminuyen ya que trabaja menos horas, eso es por el concepto médico, no sé la disminución de los ingresos".*

porque se debe desplazar, se trata de un municipio que estaba en la CCT, se da por algunos municipios, sino está en ese municipio no aplica, cumplido esos supuestos la empresa accede a reconocer esos beneficios, como está ligado el auxilio a la prestación del servicio si no va no se reconoce, hay trabajadores que tienen ausencias largas y no se les reconoce el auxilio, frente al auxilio de transporte es no salarial, en el artículo 29 CCT se indica que el trabajador que al finalizar el turno se vaya para tal departamento o destino, allí se estipula los destinos, se reconoce si el trabajador se desplaza, cuando hay ausentismos no se da".

Valga señalar que este deponente, labora para la demandada en el área de recursos humanos hace 8 años y por ende tiene pleno conocimiento de las condiciones pactadas en la convención colectiva de trabajo con vigencia 2016-2019, dejando claro en su exposición que los auxilios reclamados proceden siempre y cuando exista una efectiva prestación del servicio por parte del trabajador, puntualmente, advirtió que cuando se presentan ausentismos no hay lugar al reconocimiento y pago de los auxilios.

Pues bien, como quiera que en las normas convencionales (artículos 27 y 29 CCT), no se establece ni supedita la remuneración a alguna situación en particular para la procedencia de los auxilios de localización y transporte, debe esta Sala resolver las dudas que surjan a partir de las reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como son, el principio de interpretación conforme con la Constitución Política, el indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autorreguladora, el espíritu de las disposiciones y la **intención y expectativas de los contratantes**, pues así lo ha dispuesto la Alta Corporación en sentencia SL2341-2023, donde discurrió:

> *"En cuanto al sentido que debe darse a las cláusulas de una convención colectiva de trabajo, esta Corte ha enseñado que no puede perderse de vista que este tipo de acuerdos constituye un elemento fundamental en el sistema de fuentes normativas del ordenamiento laboral colombiano, que regula las relaciones de trabajo más allá de la ley, entre quienes se encuentran dentro de su ámbito (CSJ SL, 4 mar. 2009, rad 34480, CSJ SL, 23 ene. 2009, rad. 30077, y más recientemente las sentencias CSJ SL4934-2017, CSJ SL16811-2017 y CSJ SL17949-2017), por manera que cualquier duda en torno a su contenido y alcance, debe resolverse, como lo pone de presente el casacionista, a la luz de las mismas reglas y principios de interpretación aplicables a cualquier otro precepto normativo, entre ellas, el principio de favorabilidad que impone al juzgador acoger la más beneficiosa al trabajador, en caso de duda en la aplicación e intelección de las fuentes formales de derecho — arts. 53 CP y 21 CST—.*
>
> *Por su parte, desde la órbita contractual de que goza la convención colectiva de trabajo, las reglas generales de interpretación de los contratos contenidas en el*

Código Civil, imponen que el «sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno» —art. 1620—, y que «en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato» —art. 1621—.

En relación con el alcance y contenido del texto extralegal, dado su carácter esencialmente normativo, la Corte en la sentencia CSJ SL351-2018, explicó lo siguiente:

> *Ahora bien,* ***por el carácter esencialmente normativo de la convención colectiva de trabajo, resulta apenas obvio que en el ámbito de su aplicación se generen dudas razonables en torno a su contenido y alcances, que deben ser resueltas a partir de las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como, entre otros, el principio de interpretación conforme con la Constitución Política, el indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autorreguladora, el espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes****, entre otras (Ver CSJ SL, 4 ag. 2009, rad. 35433, CSJ SL, 23 sep. 2009, rad. 32835, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 38750, CSJ SL17030-2016).*
>
> ***De allí que los debates hermenéuticos en torno a determinadas cláusulas de una convención colectiva de trabajo resulten comunes y puedan dar lugar a conflictos jurídicos entre las partes contratantes, como lo aducen insistentemente los demandados****. Además, tales disyuntivas interpretativas y los conflictos que se suscitan alrededor de ellas bien pueden ser resueltos a través de la misma negociación colectiva, entre las partes contratantes; pueden ser sometidas a la justicia ordinaria, a través de un proceso ordinario laboral; pueden ser inscritas dentro de la justicia arbitral, con los presupuestos que le son propios; o, en últimas, nada lo impide, pueden ser definidas entre trabajador y empleador, libre y autónomamente, entre otros escenarios, en el marco de una conciliación, siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de cualquier contrato y no se afecten derechos ciertos e indiscutibles.*
>
> *[…]*
>
> *La Corte debe insistir en este punto en que,* ***a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, entendido como un todo, su lectura integral y uniforme, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas****. Como toda norma jurídica, la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas.".*

En acatamiento de lo que antecede, observa esta Corporación que el *a quo* sostuvo una interpretación razonada de las disposiciones convencionales, siendo factible concluir que tanto el auxilio de localización como el de transporte, proceden **siempre y cuando** se cumplan ciertos requisitos, como lo es una **efectiva prestación personal del servicio**, expresión que si bien no está inserta expresamente, es una interpretación acorde a las reglas de la lógica, experiencia

y al efecto útil de las normas; es de colegirse que si el trabajador no reside en las localidades descritas en la norma convencional -cláusula 27- referente al auxilio de localización o para el auxilio de transporte -cláusula 29- de la CCT, no deba al inicio o final de la rotación de trabajo, trasladarse a algunos de los departamentos citados por motivos de su residencia, sencillamente por cuanto no se trasladó por diferentes razones a las localidades descritas para desarrollar su labor, resulta apenas razonable que los aludidos auxilios no se causen, por cuanto su fuente generadora no se dio, no siendo coherente que entonces se pretenda el pago de dichos emolumentos cuando el demandante presentó incapacidades, permisos remunerados y permisos sindicales, pues no puede obviarse que debe privilegiarse la interpretación **que más se acerque a la finalidad de la norma convencional**, pues la convención es un instrumento que consigna los acuerdos a los que llegan el empleador y trabajador a mutuo propio en virtud de una negociación que se da con el fin de mejorar ciertas condiciones laborales, no pudiéndose interpretar en sede de alzada que la empresa pretendía el otorgamiento de dichos auxilios, pese a no existir una prestación del servicio, inferencia que se insiste, no seria razonable.

Nótese que el demandante presentó ausentismos por motivos de incapacidades, permisos sindicales y permisos remunerados, no pudiendo entonces acceder al reconocimiento y pago pretendido, además, haciendo una interpretación congruente de la convención colectiva, se puede constatar que estos mencionados auxilios se pactaron para sufragar los gastos en que puede incurrir el trabajador al desplazarse desde su lugar de residencia, tornándose ilógico –se repite-, que el demandante reclame el pago de estos rubros cuando no debía desplazarse a La Loma y mucho menos prestaba los servicios para Drummond, por el contrario, se encontraba en su lugar de residencia en Malambo, por lo menos los días que fue titular de incapacidades, tal como lo corroboró la esposa al rendir declaración, pues señaló: "*le daban incapacidades de 6 meses y tenía vacaciones acumuladas y se las negaban, cuando estaba incapacitado estaba en mi casa en Malambo, vivimos en esta casa desde que nos casamos".*

De tal forma, el trabajador no incurrió en gasto alguno por concepto de transporte, ni durante los periodos señalados residió sin su familia en los términos descritos en la cláusula 27 convencional como para acceder al auxilio de localización, tornándose la reclamación infundada, además, no puede concluirse que por el hecho de no prever estas situaciones la Convención Colectiva de Trabajo automáticamente el trabajador deba ser protegido, pues precisamente atendiendo lo previsto en el articulo 53 de la C.P. encuentra la Sala que los

articulo 27 y 29 de la CCT no menoscaban la libertad, dignidad humana ni los derechos del aquí demandante, pues se tratan de unos pagos adicionales que la empresa reconoce siempre que exista desplazamiento a la mina y esta situación no acaeció para los meses perseguidos a través de esta demanda, debiéndose arribar a la misma conclusión del *a quo.*

En otro giro, en frente a la desmejora salarial alegada por el demandante, observa la Sala que el señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA en efecto, fue titular de restricciones laborales de fecha 29 de agosto de 2012 – págs. 4 a 9, archivo 05, consistentes en:

29 de agosto de 2012

Señor:
JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA
E. S. M.

En cumplimiento de las restricciones laborales, emitidas mediante oficio con fecha 11 de Agosto de 2012, por su EPS Saludtotal, usted deberá laborar con las siguientes restricciones a partir del 31 de Agosto 2012.

- No levantar cargas mayores a 15 kg de peso
- Evitar realizar actividades que requieran movimientos repetitivos con miembros superiores
- No realizar labores por encima del plano de los hombros
- Realizar pausas activas por periodo de 10 min cada dos horas de trabajo
- Laborar jornadas de 8 horas diarias.

Por lo anterior, la Compañía ha decidido ajustar su jornada laboral, de la siguiente manera: Lunes a sábado de 6:00 am a 2:00 pm. Para lo anterior la empresa dispondrá de las siguientes rutas:

Lunes: Valledupar-Mina saliendo a las 2:30 am del lugar acostumbrado. Para aquellos trabajadores que residan en los municipios del Cesar en los cuales la empresa tiene rutas programadas deberán abordar las rutas diarias establecidas.

Martes a Sábado (inicio de turno a las 6:00 am): Deberá usar las rutas acostumbradas desde las poblaciones aledañas.

Lunes a Viernes: (salida del turno a las 2:00 pm) Se suministrará el transporte a sus sitios de residencia mientras labora en las rutas acostumbradas. Para tal efecto se dispondrá de una ruta que saldrá desde El paradero de Botadero Sur (perimetral) hasta el Nuevo Centro de Producción, donde podrá tomar sus alimentos y de ahí a las poblaciones de descanso.

Sábado: Mina-Valledupar saliendo a las 2:00 pm del Nuevo Centro de Producción, luego de tomar sus alimentos. En esta nueva rotación usted no trabajara ni domingos ni festivos.

Esperamos que con esta reasignación, usted pueda alcanzar un desarrollo pleno de sus capacidades físicas, emocionales y laborales.

Cordialmente, DRUMMOND LTD. HUMANOS

26 de enero de 2016

Señor:
Jhon Jairo Esparragoza Miranda
72049254
E. S. M.

Me permito informarle que después de revisar con el Departamento de Salud Ocupacional sus restricciones médico-laborales, la Compañía ha decidido reasignarle funciones para que preste sus servicios en el **Departamento de Mantenimiento, específicamente en el área de Camiones 777.**

En esta posición sus funciones básicas son, entre otras:

- Actualizar horómetros.
- Programación de PMs
- Progrmación de Pre PMs.
- Descarga de checklist archivo y People Soft.
- Digitación de W.O. de trabajo.
- Ingreso de Backlogs al People Soft.
- Generación de requisiciones.
- Solicitud de partes.

Cabe anotar que dentro del departamento le serán asignadas otras funciones, las cuales al igual que sus funciones básicas, siempre estarán supeditadas a los parámetros de las restricciones médico-laborales que usted posee. Estas restricciones son:

- Debe realizar sus labores en jornada laboral ordinaria legalmente establecida en colombia de acuerdo al artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), jornada diurna (Ordenadas por la EPS DESDE 2013).
- Evitar uso de herramientas de impacto o vibración (pistolas neumáticas martillos grandes)
- Evitar realizar labores por encima de los planos de los hombros.
- Evitar movimientos repetitivos a nivel de miembros superiores.
- Evitar levantar pesos mayor a 12.5 kgs
- Evitar la adopción de posturas críticas para rodillas.
- Evitar subir y bajar escaleras de manera repetitiva.
- No realizar caminatas de más de 100 mts en terrenos irregular.

- Alternar posturas de pie y sentado, evitando estar de pie por más de 40 minutos seguidos.

Esperamos que con esta reasignación, usted pueda alcanzar un desarrollo pleno de sus capacidades físicas, emocionales y laborales. Le recordamos que en la realización de estas actividades usted se encuentra permanente contacto con distintas personas y trabajadores de nuestra operación y contratistas, lo anterior con la finalidad de que usted nos ayude en el cumplimiento de nuestras metas.

Cordialmente,

07 de marzo de 2019

PARA : **SUPERVISOR**

COPIA : **RECURSOS HUMANOS**
Dr. JOSÉ GUERRA AÑEZ - Gerente de Salud e Higiene Ocupacional
Dr. JORGE RIVERA MORÓN – Director Médico Pribbenow

DE : **LUIS FERNANDO JOSE OSPINO FERNÁNDEZ**
MÉDICO ESPECIALISTA EN SALUD OCUPACIONAL

FECHA : **07 de marzo de 2019**

REF. : **CASO JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA – CC# 72049254**

El señor JHON JAIRO ESPARRAGOZA MIRANDA, cédula 72049254, ingresó en marzo del 2006, como Mecánico de Camiones, presentó problemas de salud por lo que fue reasignado como Auxiliar General desde septiembre del 2009. Asignado como Herramentero y luego en Planeación, como Auxiliar de Planeación. Se reintegra hoy, luego de estar incapacitado desde octubre de 2018.

Luego de exámen médico de reincorporación, conceptuamos que puede continuar como viene de Auxiliar General de Planeación en Mantenimiento Camiones, cumpliendo con las mismas recomendaciones que trae, que son permanentes y pertinentes, consistentes en:

- **Debe realizar sus labores en jornada laboral ordinaria legalmente establecida en colombia de acuerdo al artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), jornada diurna.**
- **Evitar uso de herramientas de impacto o vibración (pistolas neumáticas martillos grandes)**
- **Evitar realizar labores por encima de los planos de los hombros.**
- **Evitar movimientos repetitivos a nivel de miembros superiores.**
- **Evitar levantar pesos mayor a 12.5 kgs**
- **Evitar la adopción de posturas críticas para rodillas y el cuello.**
- **Evitar subir y bajar escaleras de manera repetitiva.**
- **No realizar caminatas de más de 100 mts en terrenos irregular.**
- **Alternar posturas de pie y sentado, evitando estar de pie por más de 40 minutos seguidos.**

Con relación al incumplimiento de la empresa enjuciada, observa esta Corporación que DRUMMOND LTD atendió de manera favorable las indicaciones dadas por los profesionales de la Salud, relacionadas con las funciones a ejecutar por el demandante mientras culminaba el proceso de rehabilitación del actor, mismo que inició como consecuencia de un accidente de tránsito, tal como lo aceptó en el interrogatorio de parte. Nótese que el 29 de agosto de 2012 le fue conceptuado al actor que debía laborar 8 horas diarias en horarios diurnos y no 12 horas como lo venia ejecutando, razón por la cual la empresa procedió a modificar la jornada laboral, mismo que ejecutó hasta el mes junio de 2021 ya que en dicha data el médico laboral de la empresa dio el concepto favorable de reubicación al cargo inicialmente contratado, pues así se extrae de la declaración rendida por el Médico José Rafael Guerra[6], al exponer: "*tenía varias lesiones en rodilla y codo y tuvo un proceso de rehabilitación él fue reubicado por las actividades que realizaba, fue asignado al área de planeación en la empresa, tiene limitaciones físicas y tiene un cuadro ansioso depresivo y traumas, tuvo incapacidades y para el año 2012 recibimos de salud total un oficio a través del cual se recomendaba limitar las de 8 horas diarias , por eso el cambio de turno, en el 2013 un Doctor de Barranquilla diagnosticó un trastorno recurrente como ansioso depresivo, el Doctor recomendó que se asignara un nuevo cargo donde no pudiera tomar decisiones complejas ya que le fueron medicados medicamentos, por eso no puede laborar de noche, trabajar de noche tiene una connotación, por eso al ser tratado por estrés y depresión está en tratamiento, pudo seguir laborando pero con restricciones, recibí una carta para que se revisaran las condiciones de él y yo recibí el caso y el médico conceptuando que Jhon estaba en una condición anímica buena y el 30 de junio 2021 procedí a conceptuar y evaluar las condiciones en que laboraba, él me dijo que podía laborar en*

[6] ***José Rafael Guerra, archivo 15, récord 1:06:11****: "Resido en Valledupar, soy médico con especialidad en salud ocupacional, trabajó con Drummond desde 1996 por medio de la empresa especialista, conozco a Jhon Jairo, le realicé un examen a Jhon, he mantenido contacto con él como consecuencia de un accidente que tuvo, tenía varias lesiones en rodilla y codo y tuvo un proceso de rehabilitación él fue reubicado por las actividades que realizaba, fue asignado al área de planeación en la empresa, tiene limitaciones físicas y tiene un cuadro ansioso depresivo y traumas, tuvo incapacidades y para el año 2012 recibimos de salud total un oficio a través del cual se recomendaba limitar las de 8 horas diarias , por eso el cambio de turno, en el 2013 un Doctor de Barranquilla diagnostico un trastorno recurrente como ansioso depresivo, el Doctor recomendó que se asignara un nuevo cargo donde no pudiera tomar decisiones complejas ya que le fueron medicados medicamentos, por eso no puede laborar de noche, trabajar de noche tiene una connotación, por eso al ser tratado por estrés y depresión está en tratamiento, pudo seguir laborando pero con restricciones, recibí una carta para que se revisaran las condiciones de él y yo recibí el caso y el médico conceptuando que Jhon estaba en una condición anímica buena y el 30 de junio 2021 procedí a conceptuar y evaluar las condiciones en que laboraba, él me dijo que podía laborar en turnos rotativos y por eso consideré que estaba en condición anímica buena y levanté restricciones para que laborara en turnos rotativos de 7x3 y 7x4 y 12 horas, turnos que actualmente se está ejecutando, no he recibido quejas del trabajador, unan recomendaciones médicas son del médico tratante, pero yo al trabajar con al empresa las verificó y dado que se trata de un trabajador que estaba en una condición vulnerable debo revisar el estado dado el Código de ética y procedí a verificar el trabajo nocturno posterior al accidente, las decisiones se alinean con el sistema de SGSST, eso se da por lo que la ley manda, el accidente del 2009 fue por lo que me informaron, iba en un bus y presentó volcamiento, el bus venia de Barranquilla al sitio de trabajo, él tenía un trastorno por parte del Psiquiatra tratante, un trabajador en este tipo de lesiones requiere nuevas funciones y poca carga física y laboral, como el cuadro no fue superado en el 2012 tuvo restricciones y se le eliminó el trabajo nocturno, dada la condición del trabajador, la disminución de ingresos puede disminuir pero los médicos debemos mirar al salud del trabajador y no las adicione médicas, se miran el estado de salud, él trabajaba 7x4 pero era estable y una condición física buena, es un control que se imprenta en la empresa y la norma y la condición de salud de Jhon generó eliminar el horario nocturno, se verificó el estado del paciente, en agosto de 2012 recibimos un oficio donde la EPS decía que se debía reducir la jornada laboral por eso le fue restringido el horario nocturno, se debe preservar la salud del trabajador".*

turnos rotativos y por eso consideré que estaba en condición anímica buena y levanté restricciones para que laborara en turnos rotativos de 7x3 y 7x4 y 12 horas, turnos que actualmente se está ejecutando (…)".

De esta forma, aunque el actor argumenta haber sido desmejorado salarialmente, lo que se observa es que la empresa encartada procedió a reubicarlo en razón a su estado de salud, no siendo una decisión arbitraria ya que fueron los profesionales de la salud quienes decidieron disminuir la carga laboral del demandante debido a sus problemas de estrés y ansiedad, restricción que se dirigió a una jornada de 8 horas y no 12, no pudiéndose entonces endilgar una responsabilidad a la empresa cuando dio cumplimiento al deber legal de cuidado hacia los trabajadores.

Consecuente con ello, resulta lógico que si el actor laboraba 12 horas y pasó a prestar el servicio 8 horas diarias, su salario se viera disminuido, pues verificado el salario pactado entre las partes desde el inicio de la relación laboral, se tiene que se pactó una remuneración por hora remunerada y no mensual, sin que ello vaya en contravía de la normatividad laboral, pues lo que impone al empleador es que garantice el mínimo vital (1 smmlv). Ahora, puntualmente, se echa de menos una exposición concreta de los valores o sumas que dejó de percibir el actor, con el fin de establecer si la empresa dejó de reconocer algún otro emolumento al que tenía derecho, no pudiéndose hacer suposiciones al respecto.

Igualmente, llama la atención que el demandante advirtió en la demanda que fue reubicado desde el 29 de agosto de 2012 y desmejorado, sin embargo, cuando se consolidó la última reubicación al turno de 12 horas (30 de junio de 2021) nada dijo en esta litis, no obstante, este hecho se pudo verificar con la declaración del testigo José Rafael Guerra, es decir, actualmente el trabajador al cumplir de manera satisfactoria el proceso de rehabilitación labora y devenga lo consecuente a 12 horas. Por lo expuesto. esta Sala arriba a la misma conclusión del *a quo.*

De otra parte, frente al incumplimiento de la empresa relacionado con otorgar permisos para citas médicas y exámenes, se advierte, la parte actora debió indicar qué permisos solicitó a la empresa y cuáles le fueron negados, pues al operador judicial no le está permitido hacer conjeturas, mucho más cuando la parte actora presenta un historial de ausentismos, como se relacionó de manera preliminar.

En este punto, reclama el demandante una serie de perjuicios por el incumplimiento de la empresa pero no se evidencia prueba alguna tendiente a demostrar este hecho, echándose de menos el cumplimiento de la carga probatoria que le asiste

al extremo activo en virtud del artículo 167 del C.G.P., pues en aplicación a este principio el demandante al tener acceso a su historia clínica debió exponer los tratamientos, citas y/o terapias que le fueron negadas para trasladar la carga de la prueba a la empresa, nótese, el actor indica que la empresa no le permitió el desplazamiento a los municipios donde tenía programada las citas médicas sin mencionar a cuáles se refiere.

Al efecto el artículo 42 de la CCT prevé:

42. EXÁMENES Y TRATAMIENTOS: La empresa Drummond Ltd. mantendrá profesionales en salud ocupacional para que los empleados durante su jornada hábil de trabajo puedan tener una mejor atención. Este servicio será coordinado por dos médicos contratados por la Compañía.

La empresa Drummond Ltd. practicará a sus trabajadores de acuerdo a la Ley, los exámenes médicos periódicos ocupacionales de conformidad con el Programa de Salud Ocupacional de la Empresa. La Compañía incluirá dentro de los exámenes periódicos a realizar, exámenes de laboratorio para control de los niveles de colesterol y triglicéridos.

Cuando les sean formulados a los trabajadores exámenes o tratamientos por la EPS, ARL ó Médicos de la Empresa y que requieran desplazamientos a otros municipios o ciudades, la Empresa concederá los permisos remunerados que para tal fin se requieran. Queda comprometido el trabajador a demostrar ante la Empresa la incapacidad o el uso del permiso por parte de la EPS ó ARL respectiva.

Para los gastos que demande el traslado del trabajador cuando sea fuera del departamento en donde presta sus servicios, es decir, fuera del Departamento del Cesar para los trabajadores de las Minas y fuera del Departamento del Magdalena para los trabajadores del Puerto, la Empresa lo ayudará con un auxilio de $157.374 diarios por el tiempo que permanezca en tratamiento. Cuando la gravedad de la enfermedad demande de acompañante, se le suministrará al trabajador una suma igual para compensar los gastos del acompañante.

Parágrafo. Prótesis por accidente de Trabajo. *En el evento en que como consecuencia de un accidente de trabajo el empleado necesite el uso de una prótesis y la ARL en la que se encuentra afiliado dicho empleado certifique la imposibilidad de suministrarla, la Empresa se encargará de hacerlo.*

No obstante lo anterior, si bien la empresa y todo empleador tiene la obligación de velar y preservar la salud de los trabajadores, lo cierto es que en este caso, el señor JHON JAIRO debió guiar al operador judicial e ilustrar sobre los días concretos del presunto incumplimiento, mucho más cuando fue titular de 42 días de permiso entre el 2016 al 2019, conforme a la relación allegada por la empresa - páginas 148 a 160, archivo 05-, lo que conlleva a absolver a la encartada de este pedimento sin hacer mayores lucubraciones.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

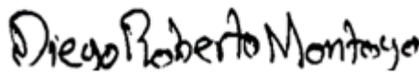
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

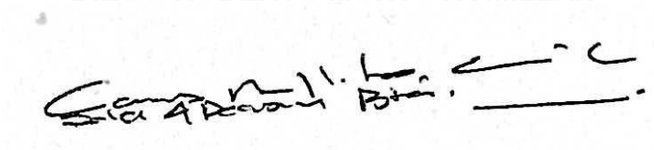
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado (40) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

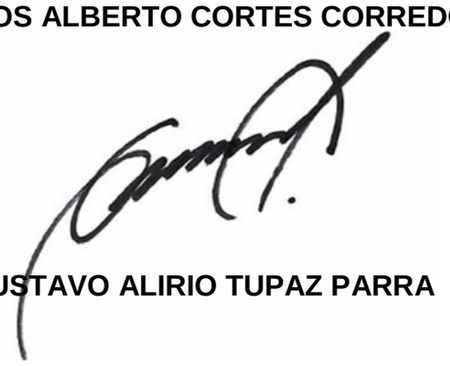
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

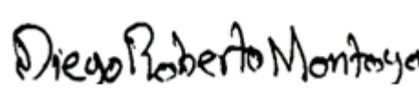


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000 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 MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELVIA MUÑOZ MUÑOZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 23 2022 00516 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **LINA MARIA POSADA LÓPEZ** como apoderado sustituto 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.**



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de agosto de 2023 (Exp. Digital: archivo 16, récord: 40:39), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o el traslado realizado por la señora ELVIA MUÑOZ MUÑOZ hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE*

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo considerado.

***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.*

Siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, como la sentencia SL-2177 de 2022, ordenamos la devolución de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos conceptos, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora ELVIA MUÑOZ MUÑOZ, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen e igualmente, a corregir su historia laboral, conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

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

***QUINTO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A. a favor de la señora demandante*

***SEXTO**: Se ORDENA la CONSULTA de la presente sentencia a favor de Colpensiones.".*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR apeló la decisión[1] en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS, así como las

[1] ***Recurso Porvenir (récord: 46:41, archivo 16)**: "Bueno, muchas gracias, doctor, siendo la oportunidad, pues me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia aquí proferida. En primer lugar, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, pues como es cuestión inicial, debe comentarse que los gastos administrativos que se condenó devolver a PORVENIR son de origen legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, el cual establece que el 3% restante sobre los ingresos bases de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la atención de vejez y sobrevivientes.*

Con ello se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados durante la permanencia son de origen legal y pues tienen fundamento dentro de la misma ley que creó el sistema pensional, así como hoy lo conocemos. Por lo anterior, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación, cuando pues es el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados en el RAIS, para prestar aquellas en garantías que caracterizan a este régimen, situación, pues que no se repite dentro del régimen de prima media.

Adicionalmente y se exige a porvenir devolver los gastos administración no sería posible remitir a Colpensiones los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, puesto que fueron los profesionales del fondo al que estoy representando quienes lograron generar que tales sumas de dinero en ejercicios, pues fueran aumentando y recaudándose.

En ese sentido y sin dejar de lado de las excepciones referentes a las restituciones mutuas y enriquecimiento sin justa causa, no se encuentra sustento jurídico ni fáctico que el RPM se beneficie no solo de los rendimientos,

condenas impuestas en contra de dicha AFP, precisando, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, el cual establece que el 3% restante sobre los ingresos bases de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la atención de vejez y sobrevivientes.

Con ello se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados durante la permanencia son de origen legal y pues tienen fundamento dentro de la misma ley que creó el sistema pensional. Por ende, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación, cuando es el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro

---

sino también que se beneficie de los gastos de administración por los cuales porvenir logró generar tales rendimientos a los ahorros realizados por la señora.

En segundo lugar, no hay lugar la devolución de la prima de seguro previsional, pues al respecto, pues se advierte con claridad que el rubro destinado al pago de las primas y la respectiva aseguradora se deriva de una cobertura del riesgo de invalidez que ofrece el RAIS a sus beneficiarios y a sus afiliados.

La improcedencia, pues de este traslado de dicho rubro se deriva de que las primas pagadas en virtud al contrato de seguro celebrados entre las AFP y la aseguradora se mantienen en sentencia, mejor dicho, esos rubros, pues ya fueron pagados y en estos momentos pues no hacen parte del patrimonio porvenir, sino que ya se encuentran en manos de la aseguradora, por eso no es posible hacer la devolución de estos, no hay lugar a la devolución de los gastos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, mediante, pues la sentencia recurrida se ordena la devolución por concepto de porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima. Sin embargo, pues dicha destinación resultó, ser autorizada y ejecutada durante la afiliación de la demandante en el RAIS, por lo que no hay lugar a trasladar un rubro cuya destinación fue acorde al funcionamiento del régimen, al que voluntariamente, pues se afilió en su momento.

Tampoco hay lugar a la indexación, en este caso, pues en el caso objeto de estudio no hay lugar a la condena referente a la devolución de los gastos de administración por parte de porvenir, pues contrario a ello, el despacho, pues condenó a porvenir no solo la devolución, sino que exigió que estos rubros se remitieran de manera indexada sobre ello, la Corte Constitucional, a través de diferentes conceptos, ha definido la indexación como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener en constante el valor real de estos, para lo cual en ese se utilizan diversos parámetros no solo en combinados entre sí, que pues suelen ser el costo del aumento de la vida, los precios mayoristas, etc.

Situación, pues que, quiere decir que la indexación consiste en traer al presente el valor de los dineros para que estos no pierdan su poder adquisitivo, entonces se tiene que los dineros, pues correspondientes a los gastos administrativos no han perdido ese poder adquisitivo contrario a ello, pues estos gastos lograron incrementar de una sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Situación, pues que genera un enriquecimiento sin justa causa más a favor de Colpensiones que incluso de la aquí demandante y finalmente también me opongo la condena en costas, toda vez que porvenir, pues siempre ha actuado de buena fe, no teniendo otra opción, sino comparecer a este juicio que, dado que se encuentra inmersa entre la prohibición legal consagrada en la ley 797 en 2003 y también se encuentra, que no puede acceder al mecanismo de conciliación, dado que se requiere también del ánimo conciliatorio y la voluntad de Colpensiones.
Sin embargo, pues siempre actuó de buena fe, situación, pues que se ha dicho, desde la contestación de la demanda y durante todo el transcurso del proceso.

En ese orden de ideas, dejó por sentado mis recursos de apelación, por lo que solicitó al honorable tribunal, sea revocada la presente sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de las pretensiones invocadas por la parte actora.".

corresponde a un valor que es ejecutado durante la vinculación de los afiliados en el RAIS, para prestar aquellas garantías que caracterizan a este régimen.

Adicionalmente se exige a Porvenir devolver los gastos administración no siendo posible remitir a Colpensiones los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora, puesto que fueron los profesionales del fondo quienes lograron generar que tales sumas de dinero en ejercicios, fueran aumentando y recaudándose. En ese sentido, agregó, sin dejar de lado de las excepciones referentes a las restituciones mutuas y enriquecimiento sin justa causa, no se encuentra sustento jurídico ni fáctico que el RPM se beneficie no solo de los rendimientos, sino también que se beneficie de los gastos de administración por los cuales Porvenir logró generar tales rendimientos a los ahorros realizados por la demandante.

En segundo lugar, no hay lugar a la devolución de la prima del seguro previsional, pues se advierte con claridad que el rubro destinado al pago de las primas y la respectiva aseguradora se deriva de una cobertura del riesgo de invalidez que ofrece el RAIS a sus beneficiarios y a sus afiliados. La improcedencia, de este traslado se deriva de que las primas pagadas en virtud al contrato de seguro celebrados entre las AFP y la aseguradora se mantienen en sentencia, mejor dicho, esos rubros, ya fueron pagados y en estos momentos no hacen parte del patrimonio de Porvenir, sino que se encuentran en manos de la aseguradora, por eso no es posible hacer la devolución. Agregó, dicha destinación resultó ser autorizada y ejecutada durante la afiliación de la demandante en el RAIS, por lo que no hay lugar a trasladar un rubro cuya destinación fue acorde al funcionamiento del régimen, al que voluntariamente se afilió.

Tampoco hay lugar a la indexación, referente a la devolución de los gastos de administración por parte de Porvenir, pues el despacho condenó a la AFP no solo a la devolución, sino que exigió que estos rubros se remitieran de manera indexada sobre ello, la Corte Constitucional a través de diferentes conceptos, ha definido la indexación como un sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener en constante el valor real de estos, para lo cual se utilizan diversos parámetros no solo en combinados entre sí, que suelen ser el costo del aumento de la vida, los precios mayoristas, etc., esto quiere decir que la indexación consiste en traer al presente el valor de los dineros para que estos no pierdan su poder adquisitivo,

entonces se tiene que los dineros correspondientes a los gastos administrativos no han perdido ese poder adquisitivo ya que esos gastos lograron incrementar de una sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y la propia demandante.

También se opuso a la condena en costas, toda vez que Porvenir siempre ha actuado de buena fe y no teniendo otra opción, sino comparecer a este juicio al encontrarse inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 en 2003 y no puede acceder al mecanismo de conciliación, dado que se requiere también del ánimo conciliatorio y la voluntad de Colpensiones.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES argumentó[2] en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas, el traslado efectuado al régimen de ahorro

[2] ***Recurso Colpensiones (récord: 42:28, archivo 16):*** *"Su Señoría, me permito presentar, recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho en cuanto a las condenas y obligaciones impuestas a mi defendida, la administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, teniendo en cuenta que no se comparte la decisión tomada en esta instancia conforme a los siguientes argumentos, a la fecha del traslado efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito con la AFP PORVENIR y la omisión de información vital por haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante, como se demostró a lo largo de la audiencia en las declaraciones de la demandante en el interrogatorio de parte no le asiste derecho, ya que la actora tuvo conocimiento del traslado, realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad.*

No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP PORVENIR es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante régimen de ahorro individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del Fondo privado, suministró la totalidad de información clara, precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría al trasladarse al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales con destino al régimen de ahorro individual. Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados cuentan con el derecho a escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado, no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez. Es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho, para que se declare la nulidad de ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en el que se encuentra afiliada, el cual suministro información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los 2 regímenes. Por lo tanto, no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante, siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía de qué se trataba el traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada, ni mucho menos ejerció presión o fuerza para que se trasladara. Y, por último, referente al dolo, el cual es de resaltar que el mismo no se presume, sino que se prueba por lo anterior, se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al Régimen de ahorro individual, por ende, no se vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la Constitución Política de 1991, el cual manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse bajo los postulados de buena fe, la cual se presumirá todas las gestiones que ellos adelanten ante estas.

Y de alegarse por la parte actora que la AFP PORVENIR a través de sus asesores comerciales mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual, con solidaridad, es esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe, del fondo de pensiones, teniendo en cuenta que el 08/02/2023, fecha de admisión de la demanda con la que se pretende, se declare la nulidad de ineficacia del traslado, la demandante contaba con 59 años de edad en consideración a que nació el 20/11/1963.

individual con solidaridad tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento suscrito con la AFP PORVENIR y la omisión de información por haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante en el interrogatorio de parte no tiene vocación de prosperidad, ya que la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por tanto, consideró, no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP PORVENIR es nulo, toda vez que obra dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría al trasladarse al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales con destino al régimen de ahorro individual.

Tratándose de la afiliación al sistema pensional, arguyó, lo primero que debe decirse es que los afiliados cuentan con el derecho a escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo indica el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez. Es así que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho, para que se declare la nulidad de ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo en el que se encuentra afiliada, el cual suministró información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los 2 regímenes. Por lo tanto, no se evidencia vicio del consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la actora, siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía de qué se trataba el traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada, ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara. Referente al dolo resaltó, el mismo no se presume, sino que se prueba por lo que se puede concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual.

Deviniendo entonces la imposibilidad de trasladarse según la normativa citada en líneas precedentes, teniendo en cuenta las razones anteriores, solicito al honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, que se revoque la sentencia proferida por el juzgado 23 laboral y en su lugar exonere a mi defendida la administradora colombiana de pensiones- Colpensiones, de todas las condenas impuestas igualmente solicito se conceda recurso de apelación para ser resuelto por el superior.".

Por otra parte, esgrimió, la Constitución Política de 1991, manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse bajo los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que ellos adelanten ante estas. Al alegarse por la parte actora que la AFP PORVENIR a través de sus asesores comerciales ejecutaron maniobras engañosas para efectuar el traslado de régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad, es a ésta misma a quién le corresponde única y exclusivamente desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones, teniendo en cuenta que el 08/02/2023, fecha de admisión de la demanda, la demandante contaba con 59 años de edad en consideración a que nació el 20/11/1963.
Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital, archivo 01, página 2), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4, ibidem), aspirando se declare que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR) S.A faltó al deber de informar de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad; los riesgos, beneficios y desventajas y se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por resultar INEFICAZ la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes realizados a COLPENSIONES, junto con los rendimientos generados, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales junto con los rendimientos generados, se condene a PORVENIR a asumir cualquier diferencia actuarial dada por COLPENSIONES, por el pago del derecho pensional a que tenga derecho, pago de costas y facultades extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado realizado por la señora **ELVIA MUÑOZ MUÑOZ** hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por PORVENIR S.A., se condenó a PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de

la afiliación de la demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Igualmente, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL-2177 de 2022, ordenó la devolución de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios. Asimismo, se condenó, a COLPENSIONES a recibir a la señora **ELVIA MUÑOZ MUÑOZ**, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen e igualmente, a corregir su historia laboral, conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

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 20 de noviembre de 1963 *(página 69, archivo 01DemandaAnexos.pdf*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado a

[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".*

tràves de la petición elevada ante COLPENSIONES el 04 de noviembre de 2022 (*página 60, archivo 01),* esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 111,71[4] semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: *«08.ContestacionPorvenir.pdf»,* página 294*),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso**, la solicitud se efectuó el 16 de febrero de 2006** *(páginas 26, archivo 01DemandayAnexos.pdf),* por afiliación que hiciera inicialmente a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada 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.

---

[4] ***Del 26 de marzo de 1987 al 30 de marzo de 1994:***

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**20/11/1963**
Número de Documento:	**20472335**	Fecha Afiliación:	**04/11/1997**
Nombre:	**ELVIA MUÑOZ MUÑOZ**	Correo Electrónico:	**elviamunoz2063@hotmail.es**
Dirección:	**VDA LA BALSA SEC EL COLEGIO**	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
1030103860	MALO DE MEJIA BEATRI	26/03/1987	15/05/1987	$30.150	7,29	0,00	0,00	7,29
1008215131	INVERSIONES SANTA RI	31/03/1992	30/04/1994	$200.000	108,71	0,00	0,00	108,71

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

[5] *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 tema, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la*

> *Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)*».

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la

carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

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

del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que comenzó su vida laboral cotizando al Instituto de Seguros Sociales, luego, se vinculó al Hospital de Chía a través de una Cooperativa y se afilió a Horizonte ya que le indicaron que el ISS se iba acabar, que debía pasarse a un fondo privado para que no perdiera la plata, manifestó de manera clara que, no le indicaron nada sobre las características del régimen, no tenía claro el procedimiento y riesgos al no brindársele una información clara y completa, en síntesis, concluye la Sala que, al momento de la afiliación, la demandante no se reunió con ningún asesor de la AFP.

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

---

[7] ***Interrogatorio Demandante, récord 08:23, archivo 16:*** *"Soy tecnóloga, empleada, laboro en la Alcaldía Municipal de Chía, no estoy pensionada, estoy cotizando para la pensión, yo estaba trabajando como secretaria en el cultivo de lores Santa Rita, comencé en Colpensiones y cuando se terminó la empresa trabajé en un Hospital con una Cooperativa, dijeron que el ISS se iba acabar, cuando yo me enteré ya me habían pasado a Horizonte, siempre decían que el ISS se iba acabar, que nadie se iba a pensionar, que las pensiones eran una mentira, yo espere con el tiempo y cuando llegué a la Alcaldía de Chía trate de pasarme y me hablaron de una doble asesoría, yo dije que no me la habían dicho, pero no me dijeron nada, se me pasó el tiempo y no tuve quién me asesorara, de eso me di cuenta cuando mis hermanos se fueron pensionando, yo no firme ningún documento, cuando estaban las Cooperativas en el Hospital y como tenía la necesidad de trabajo uno firmaba los papeles y se iba, en ese momento me dieron la oportunidad de trabajar pero por medio de Cooperativa, nunca tuvimos una reunión donde me dijeran las condiciones, uno nunca tenía tiempo para averiguar, solo tenía poco tiempo, dentro del contrato me dieron el formulario, nunca me dieron asesorías, no sabía que podía trasladarme, si fuera así lo hubiera hecho, yo pregunte si podría pensionarme y me dijeron que no, cuando yo llegué a esas instancias me dijeron que ya tenía una oportunidad, me quiero trasladar porque Porvenir nunca me ha asesorado, mi familia esta pensionada con Colpensiones, me duele es que no hablaron conmigo y me gusta más Colpensiones toda una vida, llamé a Porvenir como a principios del año pasado y dije que nunca más iba a llamar además, no quiero retirar los aportes, quiero mi pensión, estoy cotizando sobre $3.100.000, sé que pasé las 1000 semanas".*

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (*página 26, archivo 01),* este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2006, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió **al momento de efectuar la solicitud o suscripción del formulario -16 de febrero de 2006-)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Página 26, archivo 01*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES,

además de lo anterior, **las comisiones, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.**

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

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

En otro punto, con el fin de precisar a la recurrente PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, rendimientos, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 causadas por los anteriores conceptos. 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 (…)».*

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

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

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

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

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En igual sentido, 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 COLPENSIONES[8] (Páginas 17 y 18, *Archivo 08 del 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 PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365

[8] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 25 de julio de 2023, «Archivo 11 expediente digital».*

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

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

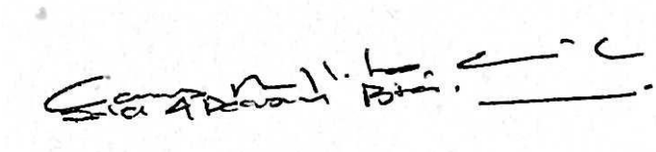
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

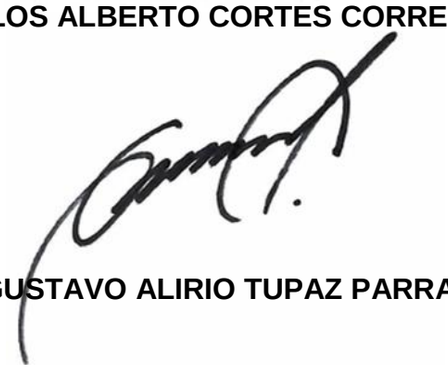
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 DEYSY CAROLINA MORA MORENO en nombre propio y en el de sus menores hijos MARIA DE LOS ANGELES y MIGUEL ALEJANDRO RODRÍGUEZ MORA contra LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 24 2019 00004 02).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante contra la sentencia proferida por el Juez 41[1] Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de agosto del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 33, Récord: 13:08),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por **DEYSY CAROLINA MORA MORENO**, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma única de $1.160.000.*
>
> ***CUARTO**: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante."*

[1] El expediente fue remitido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito (Archivo 15 expediente digital)

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, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 7 expediente digital, páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 2 y 3 del mismo archivo, solicitando se declare tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Jhon William Rodríguez Gómez (Q.E.P.D.), en consecuencia se ordene el inmediato reconocimiento y pago de la pensión, la indexación de la primera mesada pensional, la indexación de las sumas adeudadas, intereses corrientes y de mora, condenas *ultra y extra petita,* gastos procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones por cuanto se absolvió de las mismas,** tras considerar que no se cumplió con el requisito de semanas exigido por la norma.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante y de sus menores hijos.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- El señor JOHN WILLIAM RODRIGUEZ GOMEZ, falleció el **12 de junio del 2018**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el expediente digital Archivo 01 página 12.

- El fallecido procreo dos hijos con Deysy Carolina Mora Moreno llamados Miguel Alejandro Rodríguez Mora nacido el 3 de junio del 2016 y Maria de los Ángeles Rodriguez nacida el 17 de marzo del 2018, expediente digital Archivo 01 páginas 24 y 31.

- Mediante comunicación del 10 de agosto del 2018 PORVENIR S.A. le indicó a la demandante: "*le informamos que una vez adelantado el estudio se evidencia que no se encuentra acreditado al momento del fallecimiento del afiliado el requisito de (50) semanas de cotización dentro de los (3) años inmediatamente anteriores a este, por lo tanto, no hay lugar al reconocimiento pensional, …",* expediente digital Archivo 14 página 9.

Así las cosas y para resolver el presente asunto, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (12 de junio del 2018) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes 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,** estableciéndose dentro de sus beneficiarios 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 y los hijos menores de 18 años y hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razón de sus estudios.

De esta manera lo primero que analizara esta Sala de Decisión es si el señor JOHN WILLIAM RODRIGUEZ GOMEZ (q.e.p.d.) cotizó las semanas exigidas por la norma antes citada, para lo cual se tendrá en cuenta el reporte de semanas allegado por Porvenir en su contestación así:

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS
Relacion de aportes

Cédula	79785568	Nombre	JOHN WILLIAM RODRIGUEZ GOMEZ	Numero Cuenta	779272
Dirección	CL 153 A NORTE 7 F NORTE 61	Ciudad	BOGOTA D.C.	Departamento	BOGOTA
Estado Afiliado	PRESTACION_DEFINIDA	SubEstado Afiliado	SOBREV_DEV_SALDO	Fecha Generación Informe	2020/03/04
Fecha Afiliación	1996/07/25	Fecha Efectividad Afiliación	1996/07/26	Tipo de Vinculación	VINCULACION INICIAL

Fecha Pago	Periodo Pago	Nit Pago	Razon Social	IBC	Dias Cotizados	Aporte Obligatorio	Comision	FSP	FGPM	Vol. Afiliado	Vol. Empleador	Alt. Riesgo	Sancion
2018/03/01	199607	800210651	ULSAN HYUNDAI S A	170,550	30	17,055	5,969	0	0	0	0	0	0
1996/09/19	199608	800210651	ULSAN HYUNDAI S A	170,550	30	17,055	5,969	0	0	0	0	0	0
1996/10/11	199609	800210651	ULSAN HYUNDAI S A	170,550	30	17,055	5,969	0	0	0	0	0	0
2012/02/15	201201	860078562	MONROY Y CARDENAS LTDA	208,000	11	23,934	6,244	0	3,122	0	0	0	117
2012/03/12	201202	860078562	MONROY Y CARDENAS LTDA	567,000	30	65,190	17,007	0	8,503	0	0	0	0
2012/12/13	201211	900312146	AUDIONEXO S.A.S	340,020	18	39,103	10,200	0	5,100	0	0	0	118
2018/05/28	201803	79785568	RODRIGUEZ GOMEZ JOHN WILLIAM	781,250	30	89,844	23,437	0	11,719	0	0	0	7,300
2018/05/03	201804	79785568	RODRIGUEZ GOMEZ JOHN WILLIAM	781,250	30	89,844	23,437	0	11,719	0	0	0	1,700
2018/05/10	201805	79785568	RODRIGUEZ GOMEZ JOHN WILLIAM	781,242	30	89,844	23,437	0	11,719	0	0	0	0
2018/06/12	201806	79785568	RODRIGUEZ GOMEZ JOHN WILLIAM	781,242	30	89,844	23,437	0	11,719	0	0	0	0

Conforme a tal documental se evidencia que el de cujus cotizo en dicho fondo de pensiones de julio de 1996 a junio del 2018 de manera interrumpida tan solo 269 días equivalentes a 38.43 semanas, y en los 3 años anteriores a su fallecimiento (12/06/2015 a 12/06/2018) tan solo cuenta con **25.57** semanas, esto es, cifra inferior a la requerida por el Articulo 46 de la Ley 100 de 1993 y en esa medida los miembros del grupo familiar de este afiliado al sistema no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes.

Téngase en cuenta dentro del presente asunto no se alegó mora en el pago de aportes ni se acreditaron otros tiempos de servicios que permitieran incrementaran las semanas allí reportadas, advirtiéndose a la apoderada de la demandante los hechos que expone en sus alegatos de conclusión ya fueron resueltos en auto proferido por esta Sala de decisión el pasado 31 de agosto del 2022, donde se le indicó:

> *"Razón por la cual, para esta Sala de Decisión no resulta procedente el decreto de una nueva prueba en el mismo sentido, cuando de acuerdo a lo solicitado por la parte actora en su demanda, la misma ya se aportó. Téngase en cuenta que si bien el artículo 54 del C.P.L. faculta al Juez para decretar pruebas de oficio, ello no implica que deba aceptar el debate de nuevos hechos y pretensiones, que es lo que en últimas pretende la recurrente con su apelación, pues señala en su recurso que existen periodos faltantes en la historia laboral que si fueron cotizados y que pueden llegar a incidir en el reconocimiento pensional, situación que conforme a los hechos y pretensiones de la demanda nunca se mencionó (ver archivo 1 expediente digital, páginas 3 y 4) , tan solo vino a manifestarse en la etapa del decreto de pruebas*
>
> *Recuérdese que es a las partes a quienes les corresponde realizar los actos tendientes en procura de acreditar y/o probar los fundamentos facticos en que funda sus pretensiones, y no al juez, tal como lo establece el artículo 167 del CGP el cual señala: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".*
>
> *Atendiendo entonces el tenor de los parámetros procesales aludidos, conviene precisar que la obligación de acreditar los hechos en que se fundan las reclamaciones y por ende suministrar los insumos probatorios para demostrar cada una de las tesis puestas en consideración del operador judicial, está inicialmente en cabeza de las partes, quienes a su vez tienen el deber de: "8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias."[2], a fin de contribuir con la agilidad y rapidez propios del procedimiento laboral[3].*
>
> *Por ello, en el presente asunto la parte actora debió desempeñar un papel activo al momento de interponer la demanda, señalando de manera clara y expresa todas las pretensiones, los hechos en que las mismas se funda y en ese orden en el recaudo de los medios de prueba que consideraba eran conducentes e imprescindibles para las resultas del proceso, aportándolos, al momento de la presentación de la demanda.*

[2] CODIGO GENERAL DEL PROCESO art. 78, numeral 8.
[3] CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO, art. 48.

> *Por lo tanto, al no haber la parte actora planteado desde el libelo una inconsistencia en la historia laboral del causante como la que manifiesta en su recurso, no resulta procedente que su negligencia deba ser ahora subsanada por el operador judicial decretando pruebas frente a nuevos hechos y pretensiones que no fueron tema de la fijación del litigio."*

Ahora y solo en gracia de discusión, de analizar la situación del fallecido a la luz del principio de la condición más beneficiosa, esto es, tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 en su contenido original[4], norma inmediatamente anterior al deceso del afiliado que como ya se dijo ocurrió el 12 de junio del 2018 estando en vigencia la Ley 797 del 2003, debe en este punto recordarse lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado No. 45262 del 25 de enero del 2017, donde se establecieron ciertas condiciones para la aplicación de éste principio, así:

> ***"(…) Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima.***
>
> ***(…)***
>
> *Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.*
>
> *(…)*
> ***2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo***
>
> *En esta hipótesis la situación jurídica concreta aflora si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, (i) no estaba cotizando al sistema, (ii) pero había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003.*
>
> *(…)*

---

[4] *"ARTÍCULO 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.

> ***Si el afiliado no estaba cotizando para el 29 de enero de 2003 y no tenía 26 semanas o más de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 29 de enero de 2002 y 29 de enero de 2003, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se aplica con todo el rigor la Ley 797 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legitima y mucho menos un derecho adquirido. En conclusión, tampoco hay condición más beneficiosa.***
>
> ***3. Recapitulación***
> *…*
>
> ***3.2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo***
>
> *a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
> *b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.*
> *c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
> *d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y*
> *e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento."*
>
> (Negrillas fuera de texto)

De esta manera se advierte que el afiliado no falleció dentro de la "*Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003*" que lo fue entre el 29 de enero del 2003 y 29 de enero del 2006, pues murió el 12 de junio del 2018 y en todo caso tampoco cumpliría con los demás requisitos establecidos jurisprudencialmente, pues el de cujus no se encontraba cotizando al 29 de enero del 2003 (efectuó cotizaciones de julio a septiembre de 1996 y luego retomó en enero del 2012), y en esa medida debió por lo menos acreditar las 26 semanas de aportes entre el 29 de enero del 2002 y el 29 de enero del 2003, y como se vio ninguno de estos dos requisitos se acreditaron, por lo que no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa como tampoco existe una situación jurídica concreta respecto del afiliado hoy fallecido, pues no tuvo ni una expectativa legitima ni mucho menos un derecho adquirido lo cual impide que nazca a la vida jurídica el derecho a causar la pensión a favor de sus potenciales beneficiarios, imponiéndose de ésta manera la confirmación del fallo consultado.

Agotada como se encuentra esta instancia, habiéndose arribado las mismas conclusiones halladas por el Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS CONTRA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO- (RAD. 25 2018 00603 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de febrero de 2023 (Audiencia virtual archivo 38, récord, 34:29), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS y la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR "COLSUBSIDIO" el cual inició el 16 de diciembre de 2013 y finalizó el 21 de diciembre de 2017 por justa causa, en el cual la actora desempeñó el cargo de médico general, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la demandada CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR "COLSUBSIDIO" de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, conforme la parte considerativa de la providencia.*
>
> ***TERCERO: RELEVARSE*** *del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.*
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma de $1.160.000*
>
> ***QUINTO****: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurrió la sentencia[1], aduciendo una indebida interpretación de los elementos probatorios que se

[1]***Recurso Demandante (récord 00:23):*** *"Gracias, su Señoría, de la manera más formal y comedida, me permito solicitar a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva, revocar el fallo proferido en esta instancia judicial, teniendo en cuenta que, la decisión asumida en primera instancia, contradice todo el acervo probatorio y existe una indebida interpretación de los elementos probatorios que se debatieron y se controvirtieron, la condición indica el despacho que no se probó la condición de discapacidad de la demandante y contrario a ello, la condición de discapacidad de la demandante es una condición congénita en la cual le ha venido presentándose una serie de dificultades en el desarrollo de su vida y particularmente en el desempeño laboral.*

Esta condición ha estado acreditada ampliamente, no solo con los exámenes de ingreso, como aquí se, dijo, sino con las diferentes incapacidades, con las historias clínicas que conocía la demandante con esto y la historia clínica que hace parte como un elemento documental dentro de este proceso. En tal sentido, la renovación o no de las recomendaciones laborales en nada alteran la condición de salud, pues estamos hablando de una condición congénita que se ha venido presentando y agravando en el desarrollo de la edad de la demandada.

Si nos damos cuenta de los argumentos expuestos por el juzgado, frente a las recomendaciones laborales, la recomendación laboral para el año 2015 y para el año 2016 fueron las mismas, sin que se realizara para este último una observación en la que se consignara que, como consecuencia de la guarda, la protección y la promoción de estas condiciones o estas recomendaciones, se presentó una mejoría en la salud de la trabajadora, y por consiguiente, para el año posterior ya no era necesario contar o seguir con ellas.
Contrario a ello, se demuestra que para el año 2017, la trabajadora viene presentando una serie de incapacidades reiterativas y consecuentes como consecuencia de su patología, no es cierto su señoría que la prueba del interrogatorio de parte no es un elemento de prueba suficiente para demostrar un estado de incapacidad, o las consecuencias físicas, sociales o laborales de una patología como la que padece aquí la demandante. Es una prueba que se desarrolla bajo el criterio de la solemnidad y que está sujeta al análisis integral y en tal sentido su validez depende de la coherencia y coincidencia con los demás elementos probatorios. Así pues, su señoría, que cuando desde el punto de vista probatorio, el interrogatorio de parte coincide con los elementos documentales o lo que se puede extraer de las pruebas documentales, se demuestra que la demandante viene padeciendo una patología congénita, que dentro del desarrollo laboral presenta una serie de incapacidades producto de sus dolencias y quebrantos, los cuales eran de conocimiento público, conocimiento que también llevó a un etiquetamiento por parte de su empleador, de catalogarlo como un caso especial, no por el cuidado que le proporcionaba la empresa, sino por las diferentes traumatismos que se generaban con su ausencia justificada de su patología, esto se extrae su señoría de los elementos testimoniales o la práctica testimonial que allegó la parte demandada. Entonces, cuando nosotros hacemos un análisis integral de la prueba, cuando se debe hacer el análisis integral de la prueba, tenemos que entrar a verificar si los dichos bajo la gravedad de juramento, que rinde la demandante, coinciden o no coinciden con los demás elementos probatorios, ahí es cuando se tiene que entrar a descalificar el contenido de la prueba y no por el solo hecho de ser el interrogatorio de parte una prueba verbal que puede o no perjudicar a la parte que le está rindiendo.

Este interrogatorio de parte, pues sí señor, claro, tiene que entrar a demostrar su señoría a través de eso y es una prueba que invoca la parte demandada y la absuelve la parte demandada y la complementa el señor juez con sus interrogantes, en el cual queda plenamente establecido que viene sufriendo una serie de dificultades en el desarrollo de su trabajo por causa de su patología, por causa del desconocimiento, también de las recomendaciones médicas y laborales que dio la EPS.

Entonces, claro que tiene que tener su validez, contrario a la lectura probatoria realizada por el despacho, sí se probó que la demandante para el momento del despido, padecía una patología, que le impedía el desarrollo normal de su actividad laboral, que le generó una serie de incapacidades repetitivas, que estas incapacidades, no fueron notificadas o no fueron entregadas de manera oportuna en el lugar establecido por la parte demandada para tal efecto por varias circunstancias, su señoría, como aquí lo dijo la demandante en su interrogatorio, porque su lugar de residencia es en Tocancipá a 90 km, del lugar donde fue asignado su lugar de trabajo, su sitio de trabajo por su condición de madre cabeza de familia,. por su misma condición física, no la pudo llevar de forma oportuna, pero fue notificada a través de correos electrónicos de WhatsApp, de conversaciones con su jefe inmediato, estos elementos probatorios, su señoría, dan cuenta de que sí la empresa conocía y tenía certeza del estado de salud de la demandante al momento del despido, los diferentes elementos probatorios, como el contrato, como la historia clínica, como los mismos testimonios, que trae la parte demandada, dan cuenta, que la demandada tenía una reticencia, frente a la vinculación o la permanencia del aquí demandante, en la empresa, dicen los testimonios que es un caso especial al momento de pasar del Centro Santa Librada a Ipanema, y que venían haciendo un seguimiento y se bajan unas consignaciones, un etiquetamiento de un caso problemático, pero no se hacían de esos etiquetamientos o esos seguimientos o esas recomendaciones para efectos de poder desarrollar su trabajo en condiciones de dignidad y de respeto.

Ahora, frente al despido injustificado, claro que si se da una cosa, lo uno es consecuente de lo otro, porque es que cuando se despida a un trabajador, en un estado incapacidad, que por su condición de su enfermedad, de su patología, no puede reportarse por la lejanía en la que vive, no puede reportar o radicar las

debatieron y se controvirtieron, ya que, la condición de discapacidad de la demandante es una condición congénita que ha presentado una serie de dificultades en el desarrollo de su vida y su desempeño laboral.

Agregó, esta condición ha estado acreditada ampliamente, no solo con los exámenes de ingreso, sino con las diferentes incapacidades e historias clínicas siendo una prueba documental que obra en el proceso. En tal sentido, la renovación o no de las recomendaciones laborales en nada alteran la condición de salud, pues se está hablando de una condición congénita que se ha venido agravando.

Frente a los argumentos expuestos por el *a quo,* esgrimió, las recomendaciones laborales para el año 2015 y 2016 fueron las mismas, sin que se realizara una observación en la que se consignara que, como consecuencia de la protección y la promoción de estas condiciones o recomendaciones, se presentó una mejoría en la salud de la trabajadora y que, por consiguiente, para el año posterior ya no era necesario contar o seguir con ellas.

Contrario a ello, se demuestra que para el año 2017, la trabajadora viene presentando una serie de incapacidades como consecuencia de su patología, no siendo cierto que la prueba del interrogatorio de parte no es elemento suficiente para demostrar un estado de incapacidad o las consecuencias físicas, sociales o laborales de una patología como la que padece la demandante, pues es una prueba que se desarrolla bajo el criterio de la solemnidad y está sujeta al análisis integral, en tal sentido su validez depende de la coherencia y coincidencia con los

---

incapacidades de manera oportuna, pero sí se le notifica, se le notifica a la entidad de la situación, claro que hay un despido injustificado y es que aquí contrario a lo que dice el señor juez aquí en esta situación se debe proteger, el derecho al trabajo de esta persona que se encuentra en una condición de debilidad manifiesta, en el proceso del despido debió ser supremamente cuidadoso la empresa en establecer las condiciones y me ratifico en ese criterio presentado en el alegato de conclusión de que debió, darle la oportunidad de defenderse al momento de tomar la decisión y de invocar el supuesto retiro tácito o la renuncia tácita, aquí brilla por su ausencia, esos elementos, la entidad o la corporación aquí en ese caso, estaba en la obligación de preservar el debido proceso, el derecho a la defensa de la demandante, y no lo hizo.

Si bien cuando el despacho enuncia en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pues claro, es cierto que la Honorable Corte Suprema de Justicia, dice que pues la estabilidad reforzada, no es un elemento a perpetuidad, para que el trabajador que se encuentre en estado de discapacidad, permanezca de por vida sin que se resuelva la situación y que son una situación incómoda para la empresa, pero es que no puede argumentar otros elementos sin que los pruebe de otra manera y es que aquí no probó la entidad demandada realmente, que el despido no se generó como consecuencia de la condición patológica que padece la demandante, contrario a lo que sí se probó, que se probó que en la condición patológica fue una de las causas del despido.

Es por esto su señoría, que solicitó al despacho que, al momento de resolver este recurso, se revoque la sentencia y se profiera una nueva en la cual se acojan de forma integral cada una de las pretensiones, de la misma manera manifiesto al Tribunal que estos alegatos o estos argumentos los complementaré en la etapa procesal pertinente, muchas gracias.".

demás elementos probatorios. Así pues, cuando desde el punto de vista probatorio, el interrogatorio de parte coincide con los elementos documentales en el sentido de demostrar que la demandante padece una patología congénita y que dentro del desarrollo laboral presenta una serie de incapacidades producto de sus dolencias y quebrantos, los cuales eran de conocimiento público y del empleador, al punto de catalogarlo como un caso especial; no por el cuidado que proporcionaba, sino por los diferentes traumatismos que se generaban con su ausencia justificada de su patología, debe dársele validez.

Entonces, cuando se hace un análisis integral de la prueba, se debe verificar si lo dicho bajo la gravedad de juramento por la demandante, coincide o no con los demás elementos probatorios, ahí es cuando se tiene que entrar a descalificar el contenido de la prueba y no por el solo hecho de ser el interrogatorio de parte una prueba verbal que puede o no perjudicar a la parte que lo está rindiendo.

En el interrogatorio de parte, quedó establecido que la demandante viene sufriendo una serie de dificultades en el desarrollo de su trabajo por causa de su patología y las recomendaciones médico laborales que expidió la EPS. Entonces, claro que tiene validez, contrario a la lectura probatoria realizada por el *a quo,* ya que se probó que la demandante para el momento del despido, padecía una patología que le impedía el desarrollo normal de su actividad laboral, generando una serie de incapacidades repetitivas, las cuales no fueron notificadas o no fueron entregadas de manera oportuna en el lugar establecido por la parte demandada por varias circunstancias, ya que, como lo afirmó la demandante en su interrogatorio, su lugar de residencia era en Tocancipá a 90 km del lugar donde fue asignado su lugar de trabajo, además, por su condición de madre cabeza de familia y condición física, no pudo llevar las incapacidades de forma oportuna, sin embargo, la empresa fue notificada a través de correos electrónicos vía WhatsApp por medio de conversaciones sostenidas con su jefe inmediato, entonces, estos elementos probatorios dan cuenta de que la empresa sí conocía y tenía certeza del estado de salud de la demandante al momento del despido, lo que se demuestra con elementos probatorios como contrato, historia clínica y testimonios aportados por la parte demandada.

Por otra parte, frente al despido injustificado, alegó, cuando se despida a un trabajador en estado incapacidad por su condición de su enfermedad o patología, o porque no puede reportarse por la lejanía en la que vive, no se puede reportar o radicar las incapacidades de manera oportuna, pero sí se le notifica a la empresa de la situación, claro que hay un despido injustificado y es que aquí, contrario a lo que dice el a quo, esta situación se debe proteger, siendo el derecho al trabajo de esta persona que se encuentra en una condición de debilidad manifiesta, en el

proceso del despido debió ser supremamente cuidadoso la empresa en establecer las condiciones y me ratifico en ese criterio presentado, consistente en que la empresa debió darle la oportunidad a la demandante de defenderse al momento de tomar la decisión y de invocar el supuesto tácito o renuncia tácita, aquí brilla por su ausencia, esos elementos, la entidad o la corporación aquí en ese caso, estaba en la obligación de preservar el debido proceso, el derecho a la defensa de la demandante y no lo hizo. Si bien cuando el despacho enuncia el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, es cierto que esta Corporación dice que la estabilidad reforzada, no es un elemento a perpetuidad, para que el trabajador que se encuentre en estado de discapacidad, permanezca de por vida sin que se resuelva la situación, siendo un momento incómodo para la empresa, aquí no se probó que la condición patológica fuera ajena a la causa del despido.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*página 4 a 5, archivo 01 del expediente digital)*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (*páginas 1 a 4, ibidem*), y las cuales se relacionan a continuación:

1. Declarar ineficaz de la terminación del contrato de trabajo por parte de la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, de conformidad con la estabilidad laboral reforzada con la cual cuenta mi mandante.
2. Declarar que la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO finalizo la relación laboral con mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, de forma unilateral y sin justa causa.
3. Declarar que la CAJA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, debe reintegrar a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, a un cargo igual o de mayor jerarquía teniendo en cuenta la estabilidad laboral reforzada con la cual cuenta mi mandante.
4. Declarar, que la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, despidió a mi mandante sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1.997.
5. Declarar, que la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO debe reconocer a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS la indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, por el despido sin autorización del Ministerio de Trabajo.
6. Declarar, que la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO debe reconocer a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS la indemnización por despido sin justa causa.
7. Declarar que la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO debe reconocer las determinaciones asumidas por su despacho en su facultad ULTRA y EXTRA PETITA.
8. Declarar que LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO debe ser condenada en costas y agencias en derecho si se opone a las pretensiones formuladas.

1. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a aceptar la ilegalidad de la terminación del contrato de trabajo por parte de a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, de conformidad con la estabilidad laboral reforzada con la cual cuenta mi mandante.

2. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a aceptar que la terminación de la relación laboral con mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, fue unilateral y sin justa causa.

3. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, a reintegrar a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, a un cargo igual o de mayor jerarquía teniendo en cuenta la estabilidad laboral reforzada con la cual cuenta mi mandante.

4. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, despidió a mi mandante sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1.997.

5. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a reconocer a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS la indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, por el despido sin autorización del Ministerio de Trabajo.

6. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a reconocer a mi mandante JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS la indemnización por despido sin justa causa

7. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO a reconocer las determinaciones asumidas por su despacho en su facultad ULTRA y EXTRA PETITA.

8. Condenar a la CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIOen costas y agencias en derecho si se opone a las pretensiones formuladas.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas **tras considerar,** entre las partes existió un trabajo entre el 16 de diciembre de 2013 al 21 de diciembre de 2017 ya que la demandada culminó el contrato, pese a que la actora fue reintegrada por acción de tutela. Frente a la viabilidad de reintegro, explicó, al momento de la finalización del contrato de trabajo la demandante contaba con un diagnóstico según historia clínica aportada de la cual se extrae que el médico tratante dictaminó que padecía de una displacía de cadera, por lo que en efecto se encontraba en una condición de salud. Con relación a la facultad sustancial para el desempeño de las labores no se encontró demostrada ya que, si bien existen 2 recomendaciones para los años 2015 y 2016, las mismas no estaban vigentes para el momento en que se finalizó el contrato de trabajo, además, con posterioridad no aparecen restricciones para los años 2016 y 2017 no siendo suficiente la demostración del impedimento de la ejecución de las labores. Frente a la historia laboral recordó, no solamente es necesaria la afectación médica sino que la trabajadora debe demostrar que esta situación le impide el desempeño de sus labores en condiciones regulares, no siendo acreditado por la parte actora para los meses noviembre y diciembre de 2017, existiendo únicamente el interrogatorio de parte de la demandante cuando estas actuaciones debieron acreditarse, por ejemplo, con compañeros de trabajo, recomendaciones laborales y/o médicos tratantes, suceso que no ocurrió, aunado a que el interrogatorio de la demandante no puede tenerse en cuenta ya que la parte no puede fabricar su propia prueba, si bien la actora indicó que tenía molestias y no podía atender pacientes, esta circunstancia no está probada en el

proceso. Recordó, la demandante no dio a conocer la condición de salud a la demandada, si bien refirió que puso en conocimiento vía telefónica, este aspecto no está acreditado, asimismo, la historia laboral tan solo muestra el proceso de la enfermedad.

Añadió, con posterioridad al 21 de noviembre de 2017 no se probó que la actora fuera titular de incapacidad alguna, pues según el certificado de incapacidades la última certificada por la EPS data del 12 de octubre de 2017 al 24 del mismo mes y año, en este mismo orden, del 1º de noviembre al 20 de noviembre de 2017 fue la última incapacidad, por lo que la parte actora si bien contaba con un quebranto de salud, no está acreditado la afectación del desempeño o que dichas afectaciones se dieran a conocer a la demandada, máximo cuando se desistió de los testigos, no cumpliéndose con los presupuestos jurisprudenciales para que la demandante al 21 de diciembre de 2017 gozara de la garantía de protección por fuero de salud.

En cuanto a la indemnización por despido, adujo, la demandada acreditó que la causal invocada por la empresa se ajusta a una justa causa para terminar el vínculo, pues en el contrato de trabajo se pactó en la cláusula quinta la jornada y turnos, en la cláusula quince se señalaron las justas causas para dar por terminado el contrato, siendo una falta grave según el No. 3º, además, se pactó como prohibiciones del trabajador no cumplir órdenes según manual de funciones, existiendo una regla de aportar las incapacidades dentro de las 48 horas siguientes, siendo claro que se pactó que la no presentación de incapacidades o incumplimiento de jornada laboral es una justa causa. En este orden, al verificar el *a quo* que la actora si incurrió en las mismas ya que no se presentó a laborar sin justificación válida entre el 11 de diciembre de 2017 al 20 de diciembre de 2017, concluyó que existió un despido con justa causa, esto, aclarando que de todas maneras la demandante tuviera a la terminación una afectación en su salud que le impidiera ejecutar el cargo contratado.

Finalmente, puso en conocimiento el juzgador, la actora argumentó que no asistió en noviembre y diciembre de 2017 porque se encontraba incapacitada, sin que exista pruebas sobre su dicho, dado que la última incapacidad lo fue hasta el 20 de noviembre de 2017 únicamente, tornándose injustificados los días reseñados por la demandada, estos son, del 11 al 20 de diciembre de 2017.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión

de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum). De tal forma, esta Corporación analizará de manera principal si la terminación del contrato de trabajo de la señora JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS es ineficaz y por ende hay lugar al reintegro, en virtud a lo previsto en la Ley 361 de 1997, asimismo, de manera subsidiaria, se establecerá si la terminación que acaeció entre las partes lo fue con o sin justa causa en los términos del artículo 64 del C.S.T.

Así las cosas, en primer lugar, debe advertir esta Sala de decisión, no está en discusión el contrato de trabajo que existió entre las partes -JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS y CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO-, entre el 16 de diciembre de 2013 al 21 de diciembre de 2017, en el cual la actora desempeñó el cargo de Médico General, vinculo que terminó por decisión unilateral de la accionada, conforme a la misiva de fecha 21 de diciembre de 2017 -página 34, archivo 21-.

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

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización: *"bajo el supuesto de que (…)* ***carece de todo efecto jurídico*** *el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato."*, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Ahora, bajo los criterios jurídicos que sobre el particular han elaborado las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, o

la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación. Es importante precisar que para que opere esta garantía foral, no se trata de demostrar cualquier limitación o discapacidad, sino que aquella resulta *relevante,* esto es, que la misma reduce sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo o progresar en este.

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

> *"La Sala tiene explicado pacíficamente que e**l artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad»**, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*
>
> *Aquí, **la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.***
>
> *(….)*
>
> *Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.** Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*
>
> *(…)*
>
> *Conforme a lo anterior, **no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud**, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*
>
> *En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor*

> *jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."*

Del mismo modo dicha Corporación en reciente sentencia SL1152 del 10 de mayo del 2023 Radicado No. 90116 señaló que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006* es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indicando que "*constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas*" señalando cual es el alcance que se le debe dar al artículo 26 de la citada ley en los siguientes términos:

> *"… para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:*
>
> 1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
> 2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*
>
> *En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».*
>
> *Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:*
>
> > *a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
> >
> > *b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
> >
> > *c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*
>
> *Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:*
>
> *[…] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de*

condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo».

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de la necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez en el ejercicio del deber de decretar pruebas de oficio ordene practique la prueba pericial.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

> *(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.*
>
> *Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y, es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*
>
> *Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:*
>
> - *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
>
> - *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, **puede acreditar que se cumplió una causal objetiva**, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.*
>
> *Por otra parte, **la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva** o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.*
>
> *Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, **la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características.”*** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda,* por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones, sin que sea necesario conforme lo agregado por la citada **SL1152 del 2023** la identificación de los porcentajes señalados en el artículo 7º del Decreto 2463 del 2001, para aquellos eventos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que lo fue el 10 de junio del 2011.

En tal escenario, dice la Sala de Casación Laboral, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la

persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como: *"i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)".*

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

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

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

> *"…En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.*
>
> *Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:*
>
> ***La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.***

(…)

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

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[2]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que: "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras a la demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO- le atañe probar que la terminación no operó en virtud del estado de salud de su trabajadora, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, obran los siguientes documentos:

a) Contrato de trabajo a término indefinido con fecha de ingreso 17 de diciembre de 2013 páginas 24 a 29, archivo 01 y páginas 22 a 27, archivo 21.
b) Otrosíes al contrato de trabajo cambio de cargo a Médico General de fecha 7 de mayo de 2015, páginas 30 a 33, archivo 01 y páginas 28 a 31, archivo 21.

---

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

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

c) Certificado expedido por FAMISANAR donde relaciona las incapacidades otorgadas a la demandante entre el 31 de enero de 2014 al 24 de octubre de 2017, páginas 24 a 29, archivo 01.

d) Historia Clínica Integral donde relaciona las incapacidades expedidas a la demandante siendo la última del 1º al 20 de noviembre de 2017, páginas 36 a 51 y 54 a 61, archivo 01.

e) Radiografías, páginas 52 y 53, archivo 01.

f) Solicitud de traslado radicado por la demandante ante el empleador en fecha 29 de febrero de 2016, así (página 62, archivo 01):

> *"Respetuosamente me dirijo a usted con el objetivo de solicitar mi traslado, a los servicios médicos que esta gran compañía presta en Tocancipá o en su defecto en los pueblos aledaños de Cajicá o Zipaquirá. Debido a que cambiaré mi domicilio a dicho municipio y por condiciones de salud asociadas a mi discapacidad en la movilidad producida por el diagnóstico de displacía bilateral de caderas, me es contraproducente los desplazamientos tan extensos como podrá versen en la lista de restricciones laborales expedida por la EPS Famisanar que se encuentra como documento anexo. Ya que en el momento me encuentro trabajando en el centro de salud santa librada donde me reubicaron hace un año, pero no contaron que no podía subir ni bajar escaleras el traslado es muy largo para mí en horas de la tarde puedo durar sentada hasta dos horas en un bus.*
>
> *Además, me encuentro en una situación familiar compleja ya que no cuento con el apoyo de mi pareja y mis redes de apoyo para el cuidado de mis hijas es escaso en la ciudad, porque mi familia extensa se encuentra ubicada en el pueblo de Zipaquirá y es desde allí que podrían brindarme su colaboración, por tanto, el traslado solicitado ayudaría en gran parte a facilitar dicha situación y mejoraría mis condiciones laborales*."

g) Recomendaciones laborales expedidas por la EPS Famisanar en fechas 31 de marzo de 2016 y 28 de septiembre de 2015, páginas 63 y 64, archivo 01.

h) Comunicación de traslado suscrita por Colsubsidio de fecha 17 de mayo de 2017, página 32, archivo 21.

i) Concesión de vacaciones de fecha 22 de junio de 2017, página 33, archivo 21.

j) Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 21 de diciembre de 2017, página 34, archivo 21.

k) Memorando ausencia no justificada del 03 y 10 de noviembre de 2017, páginas 37 y 39, archivo 21.

l) Comunicación de reintegro de fecha 31 de mayo de 2018 y 17 de mayo de 2019, páginas 42 y 46 a 47 y 51, archivo 21.

m) Comunicación de fecha 22 de febrero de 2019 – renuncia tácita- páginas 48 y 49, archivo 21.

n) Comunicación del 11 de marzo de 2019 de retiro y liquidación definitiva, páginas 56 y 57, archivo 21.

o) Acta de reintegro de fecha 20 de mayo de 2019, página 111 y 112, archivo 21.

p) Certificación laboral, página 60, archivo 21.

q) Correo de ausencias laborales presentadas por la demandante de fecha 10 de junio de 2019, remitido por el jefe de Centro Médico Ipanema, página 110, archivo 21, indicando:

> *"… Remito seguimiento realizado a las ausencias laborales por parte de la trabajadora Jennifer Carolina Sierra Santos quien se desempeña como médico general en el CM Ipanema; el ultimo día que asistió a laborar fue el martes 04/06/2019 y después de esa fecha no se ha presentado en el centro médico. Hasta el momento no hemos recibido soportes de incapacidades.".*

- **Procedimiento para la recepción incapacidades, páginas 113 a 119, archivo 21.**

Igualmente rindió interrogatorio de parte la demandante quien expresó, récord 04:09, archivo 35: *"No me han pagado todo, en ocasiones Colsubsidio no ha cumplido con las obligaciones, durante los 4 años de incapacidad hubo un momento donde no me cumplieron con el salario antes de comenzar los 187 días de incapacidad, luego el fondo de me dejó de pagar las incapacidades y no cumplían con la obligación pese a que se radicaba las incapacidades, por eso la acción de tutela, vi afectado el sueldo porque los bancos me tienen embargada y se está pagando al Banco como si yo ganara al Banco completo y no el 55% de las incapacidades viéndose afectado mi mínimo vital, la Política de justificar dentro de los 3 días siempre ha existido y yo siempre he justificado, tengo soportes donde yo les decían que no podía asistir al trabajo y que remitía la incapacidad por medio de una foto, lo que si incurrí fue que no las lleve presencialmente en el momento que necesitaba porque soy madre cabeza de familia y me limita desplazarme pero yo siempre avisaba por medio de chat, en esos momento no había correo, siempre, siempre me comunique con mi jefe y le decía que estaba enferma y yo enviaba el soporte de que yo estaba incapacitada, siempre me comunique y la empresa sabía que yo estaba incapacitada, eso es desde que yo nací, eso lo supe cuando ingresé en la empresa y eso quedó en la historia clínica, siempre notificaba, eso fue por WhatsApp, diciendo que estaba enferma y envié foto de mi incapacidad, eso lo envié por medio de Servientrega, se me olvidó aportarlos porque yo estaba mal de salud, eso está sustentado porque lo envié por Servientrega, todas las que tenía en ese mes eran las incapacidades, no recuerdo fecha pero duré todo el mes incapacitada, le avisé a mi jefe, eso lo pasé como prueba, fecha exacta no la tengo, si no está en el expediente era mi familiar quién asistía y llevaba las incapacidades a mi jefe inmediato, no las tengo, no me acuerdo de los sucesos porque tengo un problema depresivo donde tengo problemas psiquiátricos, si no entregaban a mi jefe por medio de Servientrega lo llevaba a mi jefe, yo no me cubría en salud en guardar respuesta y tener recibidos, yo estaba con problemas de salud y no podía llevarlas, eso está sustentado en la historia clínica, en mi buena fe no guardé nada, yo me comunicaba con mi jefe a*

las 2 o 3 a.m. y le escribía que no puedo asistir porque estaba enferma, esos WhatsApp no los tengo no tuve la precaución de guardar todo, yo soy médico general e iba a consulta externa y hacia mi consulta, nadie sabe qué es limitar y no poder caminar, nadie sabe qué es no poder caminar, no podía subirme a un bus, no ver un paciente, no podía dormir y me levantaba cansada, siempre he hecho mi labor con cariño y con ética profesional, cuando estuve en intento de suicidio mi psiquiatra me dijo que tenía afectación, tengo limitantes en todos los aspectos, yo en algún momento hablé con mi jefe y le dije, cuando yo entré a la empresa me dijo el doctor que tenía restricciones laborales las cuales son cumplieron el primer año, yo tengo el problema de salud desde que nací, no vi necesario indicarle a la empresa cómo me sentía, si lo notifique indirectamente por medio de la historia clínica, yo notifiqué, se sustentó con una historia clínica y le dije cómo era mis problemas de salud , ellos no me dieron las restricciones laborales, ahí se ve la limitación que tengo de salud, en el 2017 lo notifiqué a la empresa, yo sustenté la limitación, para eso la historia clínica es un documento médico legal, existen incapacidades con vacíos en noviembre y diciembre de 2017 y no se soportó por problemas de salud ya que no podía desplazarme ya que mi red de apoyo es mi hermana y mi papá quien tiene cáncer mi mamá tenía que laborar y no me podía acompañar, yo no conseguí cita en la EPS, el dolor me dura como 15 días y no me podía parar, trataba de sacar cita a la EPS y no había, como mi enfermedad es crónica me mandaban cita prioritaria al siguiente día, yo iba por urgencias, yo nuca llegaba en bicicleta, de pronto lo hacía en moto porque vivía lejos y era difícil trasladarme, del resto no me he montado en cicla, el único ejercicio es cicla pero estática en la casa y sin resistencia, para el 2017 tenía un correo, mi domicilio era en Madelena, me independice y me fui a vivir a Madelena, en el 2017 estaba laborando en otra empresa para completar lo de la cuota de la casa, estaba en Medical".

Por último, los deponentes **ERIKA JARAMILLO** y **FABIÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ BRIÑEZ,** declararon:

ERIKA JARAMILLO, récord 36:29, archivo 35*: "Soy jefe de centro médico de la IPS COLSUBSIDIO, trabajo desde febrero de 2012, si conozco a la demandante por la relación contractual desde mayo de 2019, era jefe del centro médico Ipanema, en Bogotá, localidad Patio Bonito en el 2017, si tuve conocimiento por relacionamiento con colegas, tengo conocimiento por correos electrónicos al momento de la entrega de los cargos que no allegaba incapacidades, para esa época no era jefe de planta o nomina, ella no reportaba de manera oportuna las ausencias, no justifica o lo hacía de manera tardía porque al momento de hacer la recepción de los trabajadores se recibe el antecedente del trabajador se remite, cuando en planta se recibe un trabajador se lleva las trazas de los correos para*

determinar si existe algún seguimiento, yo sabía de las ausencias no del tema de salud, tenía conocimiento de las ausencias de la demandante por las personas que la tenían a cargo de un momento a otro, yo recibía a la trabajadora en el 2019, solo ahí me di cuenta o las conocí, la afectación directa en la atención de los pacientes por la no atención se afecta, cuando se tiene el reporte de manera oportuna se hace la reposición del prestador, en el 2017 no estaba a cargo de la trabajadora".

FABIÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ BRIÑEZ, récord 55:54, archivo 35*: "Yo trabajo en Colsubsidio desde el año 2015, soy jefe de centro médico, conozco a la demandante, fui jefe en junio de 2018 a diciembre de 2018, entre el 2016 o 2017 no laboré con ella, no trataba temas de inasistencia laboral de la demandante, tuve conocimiento de las ausencias en el 2017 porque me informaron sobre las inasistencias, eso fue cuando recibir el cargo en el 2018, eso fue a través de un acta porque mi asesora tuvo una reunión de reintegro laboral, consta todo el impacto que tuvo el actuar de la demandante, eso consistió en que ella no se comunican y afectaba el servicio en la sede y no había posibilidad de agendar a los pacientes, ella no informaba sus jefes los ausentismos, el acta la suscribió mi antecesora, el acta estaba firmada por la demandante, lo recuerdo por el impacto que tenía, no sabía si existían recomendaciones médicas en esa acta, no me informaron nada de eso".*

De esta forma, de los anteriores medios de prueba, a juicio de esta Sala y como bien lo consideró el juez de primer grado, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (**21 de diciembre de 2017**) la demandante se encontrara cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda enfrentara un estado de **disminución de sus facultades producida por sus padecimientos de salud que la colocaran en condición de discapacidad,** sumado a que no se probó que sus patologías generaran la existencia de una barrera que le impidió a la trabajadora "*el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás*", esto es, alguna de tipo actitudinal, comunicativa o física (en los términos de la sentencia SL1152 de 2023).

Advirtiéndose, si bien la accionante fue titular de 2 recomendaciones laborales en fechas **28 de septiembre de 2015** (venció el 28 de marzo de 2016) y **31 de marzo de 2016** (venció el 31 de septiembre de 2016) por parte de FAMISANAR EPS, las mismas se expidieron por el término de 6 meses únicamente, siendo deber de la señora **JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS** asistir a sus controles y solicitar, si a bien lo tenía, la expedición de unas nuevas recomendaciones o

restricciones médico laborales[3], pues contrario a lo que adujo este extremo en el recurso, no se puede dar por hecho la existencia de unas limitaciones en el ámbito laboral de manera permanente por tener una enfermedad congénita cuando no reposan las prescripciones técnicas de un profesional del área de la salud que pueda corroborar que la demandante no podía ejercer las funciones contratadas como Médico General en las mismas condiciones de los demás profesionales.

Puntualmente, los documentos en cita señalan que la actora debía acatar: trabajo en alturas, deambular en terrenos irregulares, evitar posturas riesgosas, subir y bajar escaleras de manera repetitiva, no levantar peso mayor a 10 kg, uso de calzado adecuado, asistir a controles médicos, laborar 8 horas diarias y 48 a la semana, evitar manipulación de cargas, evitar práctica de deportes de impacto y permitir rotación en las diferentes labores asignadas para lograr recuperación de grupos musculares, no observándose entonces alguna restricción propia en las funciones propias del cargo -Médico-, siendo necesario que la promotora de este litigio explicara o probara por qué ostentaba una condición especial de salud que la limitara en el ejercicio de sus funciones.

Frente a las incapacidades aportadas se destaca que en efecto a la demandante le fueron expedidas desde el **31 de enero de 2014 al 20 de noviembre de 2017**, **presentando interrupciones de más de 30 días**[4] en los periodos 02 de febrero de 2014 al 16 de marzo de 2014, 19 de octubre de 2014 al 20 de febrero de 2015, 29 de mayo de 2015 al 22 de julio de 2015, 27 de julio de 2015 al 10 de septiembre de 2015, 19 de septiembre de 2015 al 21 de octubre de 2015 y, 15 de noviembre de 2015 al 11 de octubre de 2017, siendo su última incapacidad del **1º al 20 de noviembre de 2017**. Ahora, observando con detenimiento las fechas de incapacidades, valga advertir, la demandante no estuvo incapacitada en su totalidad por padecimientos de salud por la LUXACIÓN DE CADERA CONGENITA, sino por embarazo (Z321) y vómitos de embarazo (O219), esto fue, a partir del mes de marzo de 2014 en adelante.

Entonces, resulta bueno enfatizar por esta Sala de Decisión, ninguno de los medios de prueba incorporados al plenario acredita que la señora **JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS** tuviera una afectación de salud a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que le impedía o dificultaba sustancialmente el

---

[3] Las recomendaciones ocupacionales son prescripciones técnicas realizadas por un profesional en salud como parte de su proceso terapéutico o de intervención clínica según su área del conocimiento. Su objetivo es evitar la progresión de una noxa específica (enfermedad o accidente y sus secuelas).

[4] Se entiende por prórroga de la incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de código diferente de diagnóstico (CIE), y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días. (Decreto 1427 de 2022).

desempeño de sus labores en "*condiciones regulares*"[5], ante la inexistencia de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades, recomendaciones, afectación psicológica, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor.

En consonancia con lo considerado por la H. Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia SL1153 del 2023 en el presente asunto a la demandada CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO, pese a los padecimientos de salud de la promotora del litigio (LUXACIÓN DE CADERA CONGENITA) no le era posible efectuar ajustes razonables en el trabajo de la accionante, entendidos estos como: "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (Art 2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), en tanto, como ya se ha señalado, no se acreditó que la demandante no hubiese podido desempeñar su labor de forma normal, pues si bien advirtió en el interrogatorio de parte que no podía caminar, revisar pacientes y que sufría de depresión, lo cierto es que estas situaciones nunca las puso en conocimiento de la encartada, hechos que fueron indagados de manera concreta a la demandante por el *a quo* en el interrogatorio de parte y ésta aceptó que no existe pruebas ya que hacia todo verbal o por chat, de los cuales no guardó copia atendiendo la buena fe.

Ahora, en punto al recurso de la parte actora, se indica, no es viable tener por acreditado lo expuesto por la demandante en su interrogatorio en cuanto afirmó que presentaba limitaciones para desarrollar sus labores, en tanto es claro que nadie puede fabricar su propia prueba, recordándose la confesión es, por naturaleza, la aceptación de hechos personales de los cuales se tenga conocimiento, que conlleven una consecuencia jurídica desfavorable para quien los acepta, en este caso para la demandante.

Nótese que el interrogatorio de parte tiene por objeto obtener de las partes la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y que puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria, que fue lo sucedido dentro de éste litigio, pues la promotora del litigio fue clara y espontánea al expresar que nunca no notificó las incapacidades para la fecha en que feneció el contrato de trabajo pero que sí tenía limitaciones para desarrollar su labor, lo cierto es que para que sus dichos hicieran parte de la unidad de la confesión, **debieron probarse,** esto es, allegar los elementos de convicción que respaldaran tal afirmación (*Ver*

[5] *Corte Constitucional T-041 de 2019.*

sentencias del CSJ Sala Laboral Rad. 36317 del 31 de mayo del 2011[6] *y SL 1193-2018 Rad. 56308 del 18 de abril del 2018*[7]), de modo que en el presente

[6] Pues bien, intentando no ser exhaustivos en el tema, que es más de ribetes jurisprudenciales y doctrinales que legales, pues el legislador se limita a asentar que la confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones, y las demás son extrajudiciales; que la confesión judicial puede ser provocada o espontánea, que es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda, su contestación o en cualquiera otro acto del proceso sin previo interrogatorio (artículo 194 del C.P.C.), lo cierto es que la confesión es percibida hoy por la doctrina, en los campos del derecho civil y laboral, entre otros, no sólo como la prueba de un hecho, o el medio de prueba de éste, o una expresión de un negocio jurídico del cual pueden surgir obligaciones para el confesante, sino también, como un verdadero eximente de prueba, en el entendido de que, si un hecho aparece confesado, salvo disposición legal en contrario, como sucede cuando la ley establece ciertas formalidades de los actos jurídicos como requisitos ad sustantiam actus o como elementos ad probationem, la existencia del hecho quedará por fuera del debate probatorio como parte que pasará a ser de la verdad del proceso (relevatio ab onore probandi).

La confesión está imbuida de ciertos principios probatorios, entre ellos --que es el que interesa al caso-- el de indivisibilidad, consistente, en términos del legislador, en que la confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe; pero cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente (artículo 200 C.P.C.).

De lo antes anotado es dado sostener que la confesión judicial, que es de la que se habla en este caso, debe verse como una unidad inescindible; por tanto, cuando el reconocimiento en ella contenido es categórico y asertivo del hecho confesado, o sea, sin adición alguna, estamos frente a lo que ha dado en llamarse confesión "pura y simple"; cuando además del reconocimiento del hecho se agregan por el confesante expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se tiene una confesión calificada, no susceptible de ser dividida, pues el legislador entiende que aquí se conserva la unidad de la confesión, en tanto que el hecho confesado se debe tomar en los términos precisados por el confesante por vía de explicación, modificación, corrección o aclaración, situación que conlleva, necesariamente, a que si se acepta tal confesión, se acepten sin necesidad de prueba las adiciones que modifican, aclaran o explican el hecho confesado, salvo, obviamente, cuando exista prueba que desvirtúe tales agregados.

Pero también es posible inferir de la norma antedicha que, aparte del hecho confesado, el declarante puede adicionar a su dicho hechos distintos al confesado, en tal caso, tales hechos, para que hagan parte de la unidad de la confesión, esto es, para que de aceptarse lo confesado se acepte lo adicionado, pues de lo contrario podrán separarse y de ellos esperarse su respectiva prueba para tenerlos por acreditados, deberán tener íntima conexidad con el hecho confesado, es decir, deberán mantener con el hecho confesado una ligazón necesaria, de tal naturaleza que, de abstraerse el hecho confesado desaparecerá el hecho adicionado y viceversa. En otros términos, la existencia de uno de los hechos expresados por el confesante dependerá de la del otro, por manera que, a pesar de la diferencia entre hecho confesado y hecho adicionado, el uno no podrá entenderse sin que se considere al otro. Entre ambos deberá, entonces, evidenciarse una unidad lógica y natural, pues de no aparecer ella podemos distinguir en el dicho del confesante, por una parte, una confesión y, por otra, una alegación, por tanto, susceptibles de separar o dividir.

Pero si los hechos agregados son susceptibles de separar del hecho confesado, por contar con identidad y autonomía propias, como cuando también se adicionan por el confesante otros totalmente diversos y heterogéneos al confesado, la división de tal dicho resulta absoluta y físicamente visible, en tal caso, **a dicha confesión se ha dado en llamar en la doctrina confesión 'compuesta', en otras palabras, una confesión pura y simple más una alegación que debe ser probada. (Negrillas y subrayas fuera de texto)**

[7] Igualmente, el instituto de la confesión está regido por el principio de la indivisibilidad, según el cual, la confesión debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, a menos que exista medio de convicción que las desvirtúe. Por tanto, cuando se está en presencia de un reconocimiento de un hecho, pero se agregan expresiones que modifican, aclaran o explican el hecho, se está frente a una confesión calificada, la cual no es posible fraccionar para su valoración, en tanto el hecho admitido debe asumirse en los precisos términos señalados por el deponente. Este criterio está contenido en la sentencia CSJ SL, 31 may. 2011, rad. 36617 (…)

En el sub judice, el deponente al indagársele sobre si era cierto o no que en la diligencia de descargos había manifestado que por motivos ajenos a su voluntad y por culpa de su jefe inmediato, desesperado porqué él le había dicho que si no renunciaba lo suspendía, por desespero e ignorancia había dejado unos días de trabajar, contestó de manera categórica que era cierto, agregando que «él me mandó a descansar dizque diez días, yo le dije que diera un comprobante para demostrar que si me había mandado, me dijo que si era que desconfiaba en él; que él era una persona honesta».

Al efecto, sin hesitación alguna, encuentra la Sala que se está en presencia de la confesión en los términos aducidos y tenidos en cuenta por el Tribunal, pues **del contenido de la respuesta se infiere que el demandante aceptó haber dejado de ir a trabajar durante unos días, lo que ocurre es que intentó justificar su falta imputándole conductas irregulares a su jefe inmediato, de las cuales no obra prueba**

juicio debió la actora probar que en efecto tenía una limitación de salud que le impedía desarrollar sus funciones en condiciones normales y que fue esa la razón de la terminación de su contrato de trabajo, circunstancias que brillaron por su ausencia en este litigio, y por ende la confesión de la demandante la perjudicó a ella y favoreció a la demandada CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO. Pues en sentir de esta Corporación la demandante se limitó a indicar que padece una patología congénita, consistente en Luxación de la Cadera, pero no probó por qué se vieron afectadas sus funciones diarias, pues no basta con tener un diagnóstico de salud si no interfiere en la relación laboral, pues no todas las personas que padecen una enfermedad se ven limitadas laboralmente.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1631-2022 Rad. 26027 del 10 de mayo del 2022 sostuvo:

> *"Se debe recordar que a través de este medio de prueba se busca producir la confesión de la parte que absuelve el interrogatorio, por tanto, la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que le producen consecuencias adversas, y por ende, no puede probar aquellos supuestos que le favorezcan, tal como esta corporación recientemente lo consideró en CSJ SL3818-2020:*
>
> > *Es importante recordar, que la confesión es aquella manifestación que versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 191 del CGP (195 del CPC), es decir: i) que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos, respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre y, v) que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. (Subraya la Sala).*

Conforme a los anteriores parámetros, se tiene que el Juez de primer grado valoró el interrogatorio de parte absuelto por la demandante haciéndole producir efectos desfavorables a ella, esto es, conforme a la finalidad prevista jurídicamente para este medio probatorio, y le atribuyó idoneidad para acreditar un hecho que la perjudicó, como atrás se explicó.

Téngase en cuenta el interrogatorio de parte suministra certeza al juez sobre la verdad de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, esto es, busca formar el convencimiento judicial respecto de la realización de determinadas situaciones que interesan al proceso y que constituyen el sustento de las peticiones presentadas por las partes dentro del

---

alguna que acredite o avale el dicho del absolvente; en otros términos, si el actor pretendía justificar su ausencia en el lugar de trabajó, a él correspondía allegar los elementos de convicción que respaldaran su afirmación, contrario a lo que dice la censura, según la cual a la parte demandada le correspondía abatir tal aserto. (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, la valoración realizada por el colegiado a la confesión hecha por la parte actora no constituye yerro fáctico, menos que pueda ser calificado como protuberante, manifiesto y ostensible.

mismo, por lo cual los argumentos del apoderado de la demandante en este aspecto no pueden salir avantes.

Así las cosas, las circunstancias aquí narradas derivan en la inaplicabilidad de la mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección de dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras porque como quedó analizado, para ese momento (**21 de diciembre de 2017**) la demandante no se encontraba en un estado de **debilidad manifiesta** o en una **disminución suficiente en su salud** que le impidiera o dificultara desempeñar su trabajo como Médico General en el centro de trabajo adoptado por la demandada.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 572 de 2021, en donde expuso:

> *"Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores,* ***no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente****, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.*
>
> *Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.". (Negrilla fuera del texto).*

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral de la demandante corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud, pues se itera, no obsta con padecer una enfermedad congénita para perpetuarse en un cargo, ya que la parte demandante debió demostrar que para dicha calenda se encontraba en un estado de **disminución de sus facultades producida por los padecimientos de salud que la colocaron en condición de discapacidad relevante,** advirtiendo esta Corporación, NO se identificaron deficiencias físicas ni se probó que los padecimientos de salud generaron la existencia de una barrera que le podía impedir "*el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás*", razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada.

De otra parte, dado que la parte actora atacó la decisión de la indemnización por despido, conviene acotar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo*

pactado (…)" por manera que la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que: "***La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos***".

A la par, la sentencia CSJ SL976-2023, enseñó: "*El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos".*

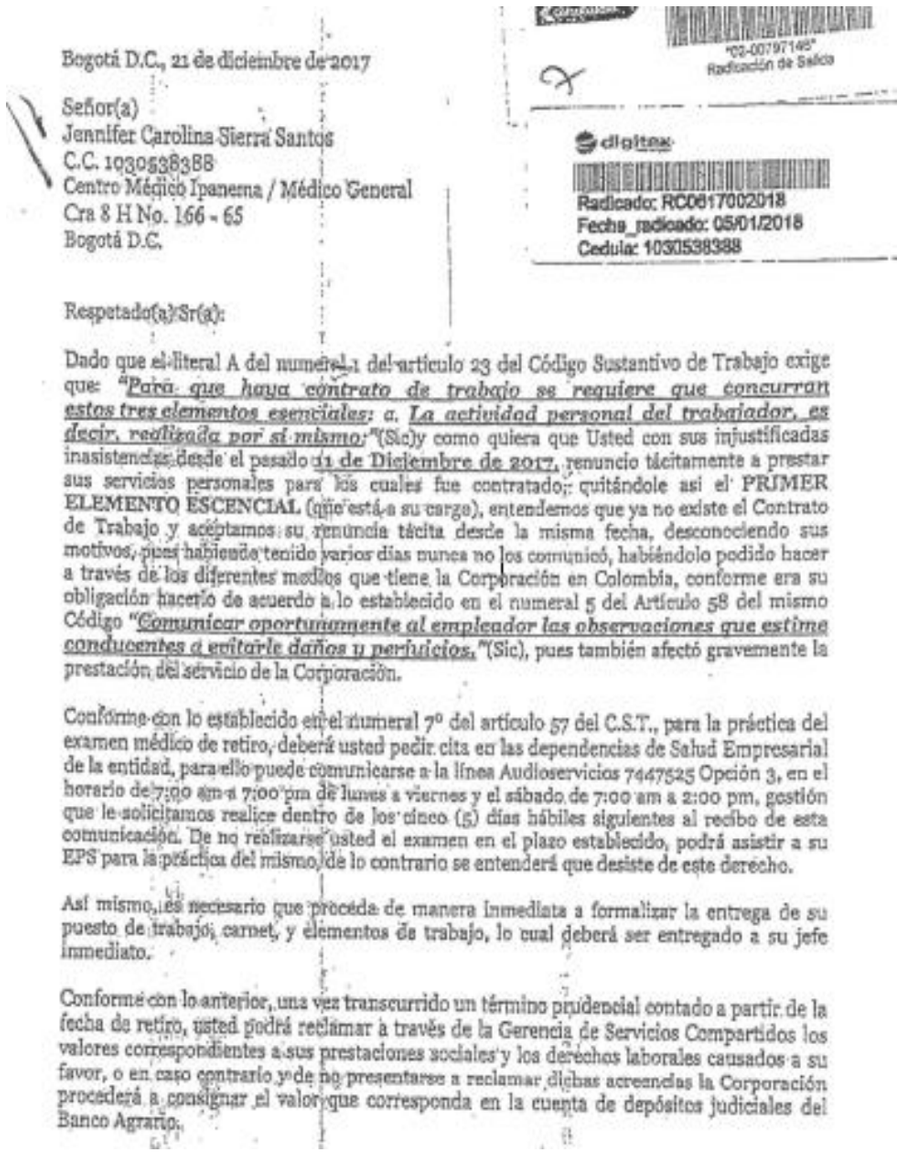
Sobre esta temática, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL2053-2023, discurrió:

> *"La terminación del contrato de trabajo.*
>
> *La Sala debe recordar que, cuando el extremo patronal adopta la decisión de dar por finalizado un nexo contractual,* ***en la carta de despido, le basta con identificar los motivos concretos que dan lugar a ello, de manera que, en ese momento, le permita al trabajador conocer las razones que generan esa determinación a efectos de ejercer el derecho de defensa y garantizar la contradicción oportuna****. Es claro, además, que la conducta reprochada al subordinado debe encuadrar dentro de las justas causas calificadas como tales, bien sea en la ley, los reglamentos o el contrato laboral; correspondiéndole al juez de trabajo verificar si las circunstancias invocadas están o no tipificadas en el ordenamiento aplicable. Es ese el momento oportuno para exponer las razones que dieron lugar a la terminación y ellas no se pueden deducir o extraer de otros documentos (CSJ SL4545-2018).".*

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del **21 de diciembre de 2017** (página 34 Archivo 21), de la que se tiene certeza fue entregada a la accionante, dado que no fue cuestionada por dicho extremo procesal en este litigio, misiva en la que se señalaron como causas del

despido la **ausencia injustificada entre el 11 de diciembre al 21 de diciembre de 2017**, veamos:



Bogotá D.C., 21 de diciembre de 2017

"02-00797145"
Radicación de Salida

digitex

Radicado: RC0617002018
Fecha_radicado: 05/01/2018
Cedula: 1030538388

Señor(a)
Jennifer Carolina Sierra Santos
C.C. 1030538388
Centro Médico Ipanema / Médico General
Cra 8 H No. 166 - 65
Bogotá D.C.

Respetado(a) Sr(a):

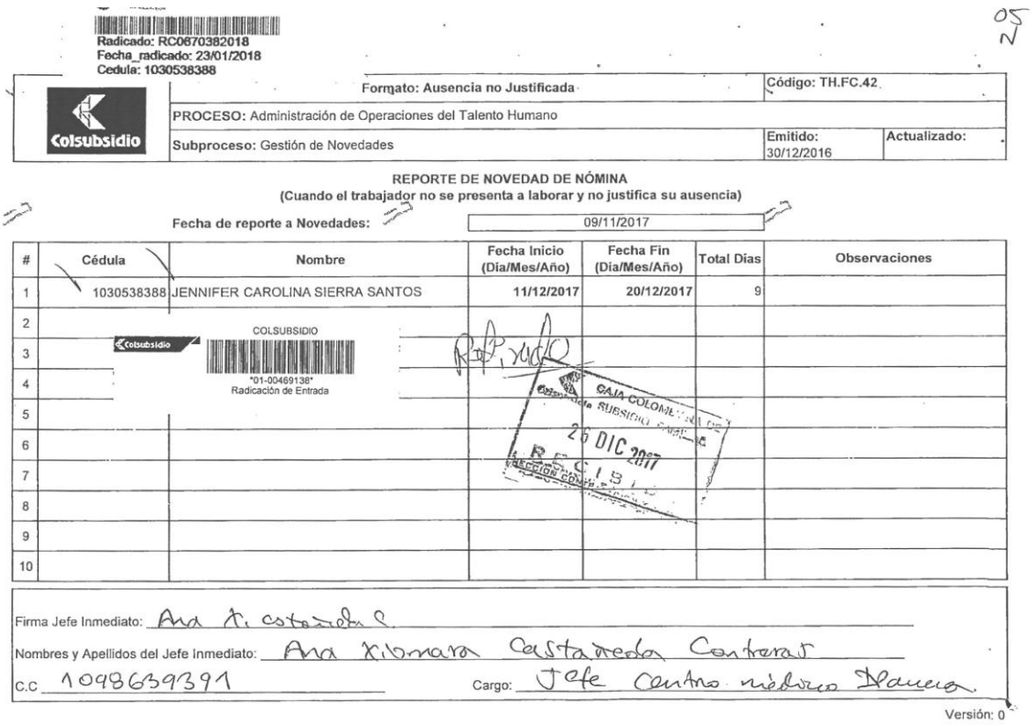
Dado que el literal A del numeral 1 del artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo exige que: *"Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;"*(Sic)y como quiera que Usted con sus injustificadas inasistencias desde el pasado **11 de Diciembre de 2017**, renuncio tácitamente a prestar sus servicios personales para los cuales fue contratado; quitándole así el **PRIMER ELEMENTO ESCENCIAL** (que está a su cargo), entendemos que ya no existe el Contrato de Trabajo y aceptamos su renuncia tácita desde la misma fecha, desconociendo sus motivos, pues habiendo tenido varios días antes no los comunicó, habiéndolo podido hacer a través de los diferentes medios que tiene la Corporación en Colombia, conforme era su obligación hacerlo de acuerdo a lo establecido en el numeral 5 del Artículo 58 del mismo Código *"Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios."*(Sic), pues también afectó gravemente la prestación del servicio de la Corporación.

Conforme con lo establecido en el numeral 7° del artículo 57 del C.S.T., para la práctica del examen médico de retiro, deberá usted pedir cita en las dependencias de Salud Empresarial de la entidad, para ello puede comunicarse a la línea Audioservicios 7447525 Opción 3, en el horario de 7:00 am a 7:00 pm de lunes a viernes y el sábado de 7:00 am a 2:00 pm, gestión que le solicitamos realice dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de esta comunicación. De no realizarse usted el examen en el plazo establecido, podrá asistir a su EPS para la práctica del mismo, de lo contrario se entenderá que desiste de este derecho.

Así mismo, es necesario que proceda de manera inmediata a formalizar la entrega de su puesto de trabajo, carnet, y elementos de trabajo, lo cual deberá ser entregado a su jefe inmediato.

Conforme con lo anterior, una vez transcurrido un término prudencial contado a partir de la fecha de retiro, usted podrá reclamar a través de la Gerencia de Servicios Compartidos los valores correspondientes a sus prestaciones sociales y los derechos laborales causados a su favor, o en caso contrario y de no presentarse a reclamar dichas acreencias la Corporación procederá a consignar el valor que corresponda en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario.

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido de la convocante se originó por el incumplimiento a las funciones que le asistía como trabajadora de la empresa enjuiciada, relacionado con la prestación personal del servicio al presentarse ausentismos injustificados. En ese orden, frente a los hechos invocados en la misiva de despido, se advierte, la demandada, previo a tomar la decisión verificó la situación endilgada con la jefe del centro médico de Ipanema:



Radicado: RC0670382018
Fecha_radicado: 23/01/2018
Cedula: 1030538388

Colsubsidio

Formato: Ausencia no Justificada	Código: TH.FC.42	
PROCESO: Administración de Operaciones del Talento Humano		
Subproceso: Gestión de Novedades	Emitido: 30/12/2016	Actualizado:

REPORTE DE NOVEDAD DE NÓMINA
(Cuando el trabajador no se presenta a laborar y no justifica su ausencia)

Fecha de reporte a Novedades: 09/11/2017

#	Cédula	Nombre	Fecha Inicio (Dia/Mes/Año)	Fecha Fin (Dia/Mes/Año)	Total Dias	Observaciones
1	1030538388	JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS	11/12/2017	20/12/2017	9	
2						
3						
4						
5						
6						
7						
8						
9						
10						

COLSUBSIDIO
01-00469138
Radicación de Entrada

CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR
26 DIC 2017
RECIBIDO
SELECCION COLSUBSIDIO

Firma Jefe Inmediato: Ana X. Castañeda C.
Nombres y Apellidos del Jefe Inmediato: Ana Xiomara Castañeda Contreras
C.C 1098639391 Cargo: Jefe Centro Médico Plaza

Versión: 0

El anterior ausentismo lo aceptó la demandante al absolver interrogatorio de parte, soportando dicha conducta en las incapacidades otorgadas por el médico tratante, lapso para el cual, como se analizó en precedencia, no estaba incapacitada ya que la última novedad lo fue hasta el **20 de noviembre de 2017.** Además, al indagársele a la actora sobre el por qué no aportó los soportes médicos adujo que "*se sentía muy adolorida y no podía desplazarse y caminar*", a la par, expuso que notificaba siempre la no comparecencia a su jefe inmediato vía WhatsApp, hecho que no pudo ser corroborado en esta litis al no obrar medio probatorio alguno.

En estos términos, resulta pertinente acudir al contenido del contrato de trabajo, aportado por ambas partes (páginas 22 a 27, archivo 21), en el cual se pactó en la cláusula quinta como obligación de la trabajadora: "*JORNADA Y TURNOS. EL TRABAJADOR laborara la jornada de Lunes a Viernes 8 horas diarias más sábados cada 15 días de 7 horas semanales dentro de los turnos y los horarios que le indique EL EMPLEADOR, los que por necesidades del servicio podrán ser modificados por LA CORPORACION en cualquier momento. Igualmente, LA CORPORACION podrá, cuando lo considere necesario, ampliar la jornada de trabajo diaria hasta por diez (10) horas para que EL TRABAJADOR descanse el DIA sábado o parte de dicho día".*

Como funciones y obligaciones a cargo de la demandante se estipuló -cláusula séptima-; *"Cumplir estrictamente el horario y turno de trabajo establecido por el EMPLEADOR y realizar ¢l trabajo suplementario a que haya lugar en los eventos en que la CORPORACION lo disponga y/o lo requiera".*

A este tenor, en la cláusula 12, se plasmó: "*Si el trabajador por causa o enfermedad o accidente, no asistiere a su trabajo, debe presentar al EMPLEADOR, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes los soportes correspondientes a Ja respectiva incapacidad, a cuyo efecto se establece que exclusivamente será válida la expedida por los médicos del Instituto de Seguros Sociales fe) de la respectiva Entidad Promotora de Salud, según el caso, para justificar las ausencias antedichas.".*

En la cláusula décima se señaló como justas causas de terminación del contrato de trabajo, numerales 9 y 10 "***Incumplir la jornada de trabajo definida en este contrato u omitir el turno de trabajo que le sea asignado por su jefe inmediato, cuando ello se dé sin justificación alguna y No presentarse al trabajo durante dos (2) días, sin previo aviso y sin que haya justificación para ello***". Valga decir, estas causales se pactaron como justas causas para dar por terminado este contrato, por parte del EMPLEADOR y sin preaviso alguno, considerándose las mismas como **faltas graves, según obra a página 27, archivo 03 del expediente digital**. De tal manera, es claro que la demandante tenía a su cargo prestar los servicios en los términos acordados desde el inicio de la relación laboral, por lo que, una vez se incumpliera dicho convenio, autorizaba al empleador para terminar el vínculo, con justa causa.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el contrato de trabajo, debiendo entonces simplemente dentro del presente asunto determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida[8].

Así las cosas, al quedar evidenciado que la demandante no asistió ni allegó soporte alguno de la inasistencia a laborar y, por tanto, no cumplió con el horario pactado en el contrato de trabajo, así como no allegó incapacidades del 11 al 20 de diciembre de 2017 en su momento ni a través de esta demanda, es claro que incurrió en una falta grave que dio lugar a la terminación con justa causa, pues

---

[8] Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 "... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)" .

contrario al razonamiento del apoderado de la demandante, debe insistirse, la señora JENNIFER CAROLINA SIERRA SANTOS, si bien padece de una enfermedad congénita, como se desprende del historia médico aportado, dicha situación no la eximia de cumplir las obligaciones que le asistían como trabajadora, mucho más, cuando para dicha época, no se encontraba incapacitada y no se mencionó la causa del ausentismo los 9 días consecutivos.

Valga resaltar, si bien la Alta Corporación ha expresado que para que los empleadores finiquiten la relación laboral de manera unilateral no es necesario mencionar las normas en que se subsumen los hechos que justifican la decisión, **sí se debe identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador,** carga que cumplió la empresa enjuiciada al relacionar "**injustificadas inasistencias desde el pasado 11 de diciembre de 2017".**

Finalmente, con relación al argumento dirigido a que la empresa debió darle la oportunidad a la demandante de defenderse al momento de tomar la decisión y de invocar el supuesto retiro tácito o renuncia tácita, el mismo no se acoge en la medida que la demandante como trabajadora tenia el deber de asistir a laborar y si bien no pudo aportar la incapacidad o justificar su inasistencia dentro de las 48 horas siguientes al primer día de ausencia, tal como lo pactaron las partes, debió soportar su ausentismo cuando las condiciones propias se lo permitieran y ello tampoco ocurrió.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO- de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la demandada.

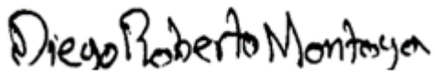
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

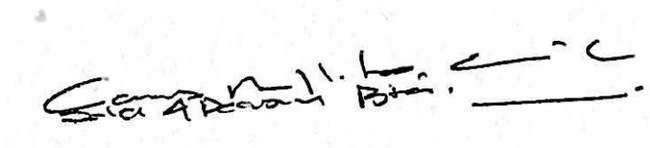
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

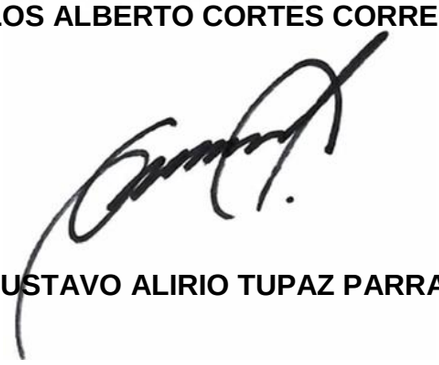
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 en favor de la demandada, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DAIMER VILLARUEL CARDENAS CONTRA AVIANCA S.A., CTA SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS -SAI- (RAD. 26 2020 00279 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de diciembre de 2022 (*archivo 39, récord 27:52*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. ABSOLVER** a las sociedades Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA En Liquidación, y Servicios Aeroportuarios Integrados, de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor DAIMER VILLARUEL CÁRDENAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** en costas de esta instancia al señor DAIMER VILLARUEL CÁRDENAS, y a favor de las sociedades AVIANCA, SERVICOPAVA y SAI, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).*
>
> ***TERCERO.** En caso que la Sentencia no sea debidamente apelada, se remitirá en el Grado Jurisdiccional de **CONSULTA**, a favor de la parte demandante, tal y como lo prevé el Artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral.".*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, manifestando[1], el establecimiento de la autonomía o la independencia

---

1

***Recurso Demandante (récord: 28:49, archivo 39): "**Muchas gracias, en virtud de la determinación adoptada en primera instancia en esta oportunidad dentro del presente asunto, me permito informar al despacho que presento recurso de apelación de manera total para que sea en virtud de la Sala Laboral del*

Tribunal Superior de Bogotá que se disponga la revocatoria de la presente determinación y conforme a ello se disponga la condena de la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda y los pedimentos anteriores, fundamentándolo, así:

Si bien es cierto, la determinación del presente Despacho frente a los asuntos que han sido planteados en la demanda, considera, en primer orden, el establecimiento de la autonomía o la independencia frente a las labores del demandante desarrollados a través de la cooperativa de trabajo asociado e igualmente la independencia, de la vinculación del demandante frente a las labores que desarrollaba para Avianca, vinculado a través de la compañía Servicios Aeroportuarios Integrados S.A.S., pues debo de plantear ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que el despacho de primer orden, no analizó en su integridad e igualmente conforme a las reglas de la sana crítica, que se han establecido para el debido análisis de los aspectos probatorios para determinar las circunstancias que se han puesto de presente y ello en virtud de que sí se presenta por mi parte con demasiada suficiencia los aspectos, de intermediación y de tercerización laboral indebida que se ha presentado en el desarrollo de las actividades y esto, no es una determinación aislada, sino que pues, evidentemente conforme a los criterios ya adoptados por la Corte Suprema de Justicia, se ha tenido en evidencia precisamente la ilegalidad de las vinculaciones o el proceso de desarrollo, que ha tenido Avianca, frente a precisamente las actividades de asistencia en tierra, iniciando precisamente con un aspecto importante que yo ponía de presente en los alegatos de conclusión y es la improcedencia o la ilegitimidad que se presenta frente a la posibilidad de tercerizar el proceso de asistencia en tierra.

Recordemos que, por virtud de las normas que ha establecido el despacho frente a la viabilidad o la procedencia de las cooperativas de trabajo asociado para desarrollar sus actividades y que lo resaltaba el despacho como virtudes que tienen que ser la independencia de las labores y precisamente frente a la imposibilidad de Tercerizar el objeto social, no es cierto, como lo analiza el despacho y como lo han planteado las partes demandadas, que las labores de asistencia en tierra, no constituyan mérito del objeto social de Avianca, y tampoco es cierto que SERVICOPAVA tenga las facultades precisamente para poder desarrollar este tipo de actividades. Recordemos que lo ha demostrado y asimismo lo ha señalado el mismo testigo, Andrés Riaño y las mismos representantes en sus interrogatorios de parte, frente a la legalidad y la autorización que se tenía SERVICOPAVA para desarrollar actividades de desarrollo de asistencia en tierra, no cuenta legalmente, con la autorización para poder desarrollar este tipo de actividades porque estas actividades son específicas y reglamentadas y regidas por parte de la aeronáutica civil, la cual exige que dentro de sus lineamientos tenga que ser solamente las aerolíneas las autorizadas para poder desarrollar actividades aeronáuticas, nunca en ninguna parte, y por eso me parece bastante digamos, imprecisa la observación por parte del despacho frente a la legalidad del desarrollo de unas actividades por parte de una cooperativa de trabajo asociado frente a actividades técnicas de aeronáuticas que rigen y que exigen, así como sí lo ha presentado en esta oportunidad, SAI, tener inscrito sus manuales, contar con las debidas autorizaciones aeronáuticas. Esto, nunca lo presentó SERVICOPAVA y esto por ello, no podemos dar un viso de legalidad inicialmente frente a una posible cooperativa de trabajo, realizando unas actividades aeronáuticas y recordemos y resalto, lo que le había dicho al despacho frente a los alegatos de conclusión, que fue la misma aeronáutica civil la que presentó y compulsó unas copias en el año 2012, frente a esta eventualidad irregular de Avianca, y fue por ello que invirtió la aeronáutica civil, el ente regulador de las actividades aeronáuticas que se puede establecer finalmente que Avianca, está realizando de manera inadecuada las labores que le son encomendadas y que precisamente las autorizaciones legales le habían sido dadas.

Esto no es tercerizable y menos aun cuando también igualmente establezco dentro del aspecto probatorio que en el objeto social de Avianca está inscrita, las labores de asistencia en tierra y toda la operación aeroportuaria en el numeral primero y que no es cierto, como se establece en estas oportunidades que el desarrollo de la actividad de Avianca es el desarrollo del transporte aéreo de pasajeros, porque esto finalmente es uno de los ámbitos y yo lo resaltaba igualmente, dentro de los alegatos, si nosotros o las personas que tengan conocimiento un poco más amplio frente a la actividad de aeronáutica, damos cuenta que las aerolíneas no viven de transportar pasajeros, ni de llevar, curiosamente, pues a la familia a las vacaciones a Santa Marta, las aerolíneas y prácticamente Avianca y por eso hubo el rescate y por eso el Gobierno se puso en vilo a la pandemia, porque finalmente habían cambiado de economía, nosotros no tenemos trenes, nosotros no tenemos una solidez frente a una integración comercial con el exterior, para movilizar grandes cargas ni grandes puertos, sino que aquí, finalmente, Avianca, que es la empresa o la aerolínea que anteriormente era muy buena y movilizaba toda la economía del país que merecía toda su gracia, realizaba los movimientos económicos del país para poder desarrollar patria. ¿Qué significa ello? Que, si nosotros miramos en Estados Unidos, San Valentín en Nueva York, las empresas de economía que manejan las flores en Antioquia, movilizaban toda esta carga o movilizan toda esta carga hacia Estados Unidos solamente por avión, porque pues por cargo por otro medio, digamos que no le es suficiente y no es económicamente válido el negocio y finalmente es eso, es mover toda la economía de un país, sino una sillas para validar y tenemos que tener en cuenta y luego para el análisis, digamos así superfluo, de la sala laboral, si nosotros como usuarios eventuales o un poquito que tengamos, digamos como unas, utilización de los medios aéreos, miramos que en algunas aeronaves, en algunos viajes, las aeronaves van sin la totalidad de los pasajeros y uno se pregunta, ¿Cómo diablos hacen una aerolínea para subsistir si no, si no tiene medio avión lleno? O incluso, como pasó en las pandemias, sin necesidad de transportar gente ¿Cómo se mueve una aerolínea y como gana? Porque es que finalmente el negocio está en todas las

actividades de carga y es precisamente en ese proceso, de manipulación de cargas que está inscrito mi trabajador representado, que es un trabajador de asistencia en tierra, toda la asistencia que necesita en tierra el alistamiento de la aeronave, subir toda la carga y descargarla para poder hacer el alistamiento de la aeronave para que vaya y tenga el buen destino y que mueve la economía de precisamente Avianca y otro aspecto importante que también resalta el despacho como parte de autonomía, pero que no analizó igualmente tampoco de manera correcta los aspectos que señalaba el testigo es el desarrollo de la actividad de asistencia en tierra frente a otras aerolíneas y lo planteaba al despacho como una virtud de SAI, porque decía que es que tenía otros clientes y que no era el único Avianca entonces que finalmente tenía una autonomía genérica, pero no analiza el despacho, la prueba concreta precisamente al tenor de la sana crítica, donde se establecía que los clientes que trabaja SAI y lo pregunté yo mismo al señor Andrés Riaño y asimismo lo presentó aquí mi testigo, Jairo Puentes son clientes que traía que son de Avianca y que los traía SERVICOPAVA. Entonces, no es la virtud de independencia de SAI, frente a sus clientes, que dice que es que atiende a todas aerolíneas y que por virtud de ellos, le genera independencia, la interpretación correcta y adecuada frente a este aspecto es que Avianca se lucra de la actividad de asistencia en tierra que como lo señalaba yo, incluso, se lucra de ello, vende los procesos de asistencia en tierra, otras aerolíneas, eso nunca lo hemos negado y por ello, siendo una actividad económicamente retribuible a la empresa, es parte de su objeto social y por eso no lo podemos desvincular ni lo podemos dar a entender, como una actividad de soporte o una actividad terciaria que no tiene que ver con el rol de negocio porque lo vende y aquí está totalmente demostrado, SAI que es de Avianca y que es el mismo negocio porque lo damos cuenta y lo mismo lo testifico aquí el señor Andrés Riaño, que se trajo los clientes de SERVICOPAVA que eran de Avianca, entonces no podemos generar, digamos, como ese aspecto, aquí legalmente frente al proceso de la legalidad, frente al trabajo de cooperativa.

Otro aspecto importante que plantea el despacho de manera inadecuada, es el uso de los elementos de labor, que, si bien es cierto, el despacho pone por virtud que si bien es cierto SERVICOPAVA no tenía los elementos propios para desarrollar la labor de asistencia en tierra, presentó ante el despacho un documento o un contrato de comodato que le daba la amplitud y la autonomía para desarrollar estas actividades bajo la sombrilla legal. Este aspecto, no debe ser interpretado de esta manera, y no lo digo yo, lo dice la Corte Suprema de Justicia y no lo ha dicho en una sentencia, lo ha dicho reiteradas veces, incluso en una sentencia del año 2001 y ponemos de presente sentencia 12707 de 2017, 6441 de 2013, la 1430 de 2018, que han sido reiteradas en la sentencia SL 3436 de 2021, perdón del año pasado, en donde la Corte tiene una posición bastante clara frente a precisamente la utilización por las cooperativas de trabajo asociado a estos elementos de comodato y que dice contrario a la interpretación planteada por el despacho es que, estos elementos cuando no son propiedad de la cooperativa, son un indicio en contra y estos indicios en contra los trae la Corte Suprema de Justicia, precisamente de los criterios de aplicación de la OIT que los ha adaptado la Corte Suprema de Justicia, en decir que si los elementos de labor no son de la cooperativa de trabajo asociado, sino meramente aparente y esconde la pretensión empresarial de la deslaboralización personal, no tienen que ser tomados en cuenta como una virtud de la autonomía, sino que todo lo contrario, sean tomados o deben ser tomados como un indicio, indicio grave en su contra.

Entonces estos aspectos, yo reclamo al Tribunal Superior de Bogotá se sirva analizar este aspecto probatorio con la debida interpretación planteada, por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que se han sido referidas, que finalmente la intención, porque aquí lo que el Juez Laboral debe plantear y como lo decía válidamente, el despacho frente al desarrollo de la prueba, aquí tenemos que estudiar es la realidad, no la apariencia y la apariencia frente al contrato de comodato es que a Avianca, presentaba toda la estructura y todo el desarrollo intelectual y directivo, Direccional, por eso precisamente aquí, el señor Andrés Riaño, que salía de la cooperativa trabajo para Avianca y el precisamente el 1º de noviembre de 2017, se vincula SAI. ¿Por qué? Porque precisamente estamos hablando de un mismo proceso de una misma compañía y de un mismo responsabilidad, por eso precisamente tampoco me interesa tachar al testigo de sospechoso, porque pues es un testigo bastante importante y que le costa precisamente la trazabilidad del proceso donde damos cuenta precisamente cuáles son los manejos que se han dado frente al proceso de asistencia en tierra porque el señor Andrés Riaño fue director de operaciones terrestres de Avianca cuando no tenía el proceso y que dice que era precisamente solamente como una injerencia de la compañía como un direccionamiento, una coordinación frente al cumplimiento del contrato, pero para ello, como lo presento también, dentro de las pruebas dentro de los mapas de procesos internos de Avianca no se necesita ni se requiere, ni es indispensable ni es legalmente a que exista un departamento de asistencia en tierra, o sea, de un proceso que no es de la compañía exista, precisamente un esquema interno, dentro de la empresa cliente o entre la empresa cliente, sí, la que recibe el servicio porque ellos tenían sus propios departamentos, también de auditoría, que son los que realizan esa gestión, y recordemos que el señor Andrés Riaño decía que la actividad que realizaban ellos era que para cuando se presenta una irregularidad frente al desarrollo de una actividad técnica, mandaban un abogado, esto no es viable porque estamos hablando de aspectos técnicos y diarios que pues finalmente también desprenden que el direccionamiento de un proceso técnico diario y de gestión de minutos no puede ser válidamente o no es concebible a que tenga una independencia cuando estamos hablando de un mismo proceso, una aeronave que tenga un alistamiento de 10 minutos y que cuyo direccionamiento es de Avianca no puede ser viable ni posible que SERVICOPAVA, una cooperativa que no tenía cabeza, al menos de estructura, nunca los presentó porque no existían para poder estructurar de cómo se debía desarrollar el proceso, pudiese desarrollar unas actividades con independencia, y eso lo pregunté también al testigo y el mismo Andrés Riaño nos estableció aquí que finalmente los directivos y los que piensan y lo

que dan órdenes eran vinculados por Avianca y los soldaditos o los operativos son vinculados por SERVICOPAVA. Entonces aquí ni siquiera se presenta un organigrama y aquí finalmente también dice, asevera el despacho, frente al desarrollo de las actividades que no se logró demostrar a través del testigo, ningún medio que las direccionamientos fuesen dados por personales directos de Avianca y que por su parte, como Jairo Puentes que daba a entender algunas cosas, el despacho dice, no, esto no es y damos a entender que finalmente el direccionamiento lo daba SERVICOPAVA porque no fue preciso, pero estas imprecisiones finalmente presentan y que lo pone de presente el mismo Jairo Puentes, es que no se tenía en cuenta por la identidad de quién es quién y eso lo dejó claro Jairo Puentes, donde dice, aquí yo no sé quién es de SAI, quién es de Avianca, quién es de SERVICOPAVA porque pues si todos tenemos la misma identificación, todos tenemos los mismos uniformes y aquí hay un solo proceso y se mete gente de Avianca y gente de SERVICOPAVA, gente de SAI, no se tiene una claridad y eso no se le puede exigir a un testigo, que tenga que saber de quién fue contratado como lo pretenden las partes demandadas, a ver en eventualidades no el demandante, pero sí que le exigen a ver si puede ver, tuvo de vista al contrato para definir si de quién era contratado, porque pues son aspectos a los que se han llevado las demandadas, teniendo en cuenta que visiblemente ni diariamente, se podía establecer quién es quién, recordemos que igualmente la imagen corporativa de Avianca, como lo ha establecido dentro de este proceso, Avianca nunca la relegó y no podemos dar válidamente una tercerización laboral de un proceso de manera autónoma, una cooperativa de trabajo cuando los trabajadores que están desarrollando las actividades, supuestamente independientes y con su propia autonomía, que son sus propios dueños de la actividad, utilizan el carnet de la empresa cliente, utilizan los uniformes completamente con solamente con la identificación de Avianca, tampoco damos por entendido, pues que tan en esa independencia deban o puedan utilizar las rutas de transporte de Avianca, que reciban precisamente el beneficio de alimentación en el casino de alimentación de los trabajadores de Avianca, curiosidades comerciales que les den los tiquetes solamente exclusivamente que le dan a los trabajadores, porque aquí también, si miramos la política de tiquetes, la política de tiquetes que sean aportados son tiquetes beneficio para trabajadores y ellos no son trabajadores, supuestamente eran de una cooperativa independiente. ¿Por qué están entonces utilizando una política de trabajadores y son beneficiarios unos terceros? Esto tampoco se pone en claridad, ni se escapa finalmente de la apreciación del despacho, tenemos las capacitaciones. ¿Por qué razón sí es tan independiente, SERVICOPAVA y SAI de paso brindan capacitaciones a los trabajadores de la cooperativa? Si realmente no tendría la necesidad y somos independientes y no hay una justificación válida que aparentemente de independencia para poder desarrollar estas capacitaciones, otros sentires que no tenían la suficiencia técnica para poder desarrollar este tipo de capacitaciones y lo mismo pues en el desarrollo de la labor siempre fueron obviamente las dependencias dadas legalmente a Avianca.

Tenemos en cuenta también que, no se analizan que las herramientas también que tienen los logos y que son de propiedad de Avianca, tanto en SAI como en Avianca, no se tuvo nunca, pues propiedad de SERVICOPAVA. Recordemos igualmente que desde el 2013, SERVICOPAVA estaba desarrollando este tipo de actividades y no nos preguntamos, entonces ¿Por qué razón nunca SERVICOPAVA siendo la propietaria y los trabajadores adquirieron esas herramientas?, ¿Por qué razón en el acuerdo, en el comodato siempre Avianca era la que compraba las herramientas y las daba para la utilización, pero siempre fueron de Avianca y nunca la cooperativa se preocupó o compró los elementos, sino que siempre tenían que ser propiedad de Avianca destinados a la destinación.

¿Por qué razón Avianca los da o los designa en el contrato de comodato cada una de las herramientas con nombre y cargo? Si finalmente la estructura debería ser internamente de SERVICOPAVA, por qué razón, como lo presento documentalmente y que el despacho omitió toda esta el análisis probatorio documental que he presentado frente a la intermediación, no analiza que dentro de la estructura de Avianca, no con el logo de anterior de 2003, sino posterior, están la descripción del cargo y funciones de los trabajadores que desarrollarán actividades con el mismo cargo y mismas funciones, pero SERVICOPAVA cuando se supone que las cooperativas de trabajo asociado desarrollan sus actividades de manera plana y no jerárquica, porque una cooperativa de trabajo todos somos dueños y lo establecen y lo desarrollan de manera jerárquica, como si fuera una empresa comercial, no como cooperativa, ¿por qué razón tampoco se analiza por parte del despacho con la terminación que dice que finalmente no le presta ninguna atención a que si somos propietarios de la cooperativa, como mi demandante, por qué razón le hacen finalmente ahora presentar una renuncia? si soy yo dueño de mi propia cooperativa, ¿Por qué razón no se analiza que como le dijeron y lo presenta documentalmente la cooperativa que habían cerrado la oferta mercantil o los negocios con Avianca y no continua la cooperativa entonces desarrollar su objeto social, sino que la desvinculación en desbandada de los trabajadores, siendo sus dueños, ¿Por qué razón sí se presentó esa eventualidad de la liquidación de la cooperativa, no se tomó en cuenta la determinación del demandante para tomar sus decisiones de su propia cooperativa. ¿Por qué razón para la desvinculación del demandante, no se le tomó en cuenta ni para la terminación de la culminación de las ofertas mercantiles, el demandante nunca fue enterado por parte de su propia cooperativa y su propia empresa de la terminación?

Aspectos que finalmente el demandante debería haber participado. ¿Por qué razón nunca se presentó una adecuada información frente al proceso de formalización laboral? Sí se suscribe, había casi obligada ante el Ministerio de Trabajo con una empresa o con una empresa ajena, pero siendo el trabajador demandante el dueño de su cooperativa, porque él tiene que asumir una posición de renuncia y aceptación de un cargo o de una proposición cuando él se supone que era un empresario y podía haber o debería

haber tomado la decisión autónoma de decidir qué viene para el futuro y cómo realizamos, porque aquí no le pidieron permiso a nadie, aquí se tomaron las decisiones autónomamente Avianca y miramos a ver cómo hacemos con los trabajadores, pero si el juzgado analiza que se respetó en debida forma el aspecto o la ideología cooperativa, todos estos aspectos que omitió SERVICOPAVA para desarrollar esas actividades. ¿Entonces, cómo las podemos plantear? o en el imaginario frente a una legalidad, digamos que no lo veo, el proceso de Avianca dentro de la estructura miramos que está dentro del esquema dentro de la ingeniería, el proceso de asistencia en tierra, que ya lo decía, estaba liderado por el señor Andrés Riaño, que hacía este aspecto allá internamente, en un proceso tercerizado, no tiene ningún asidero, no tiene ninguna legalidad y lo más concreto aún frente a las investigaciones del Ministerio de Trabajo, que pues realmente no mereció ni siquiera relación o mención alguna, frente a todos los aspectos que evidenció el Ministerio de Trabajo frente a la irregularidad que dan cuenta, no solamente lo que dijo aquí Jairo, que era lo que le decía al despacho, decía que no fue claro y que él no le costaba directamente, pero si miramos y analizamos conforme a las reglas de la sana crítica y nos leemos porque yo sé que el juzgado no lo leyó, el aspecto de la sanción y todos los aspectos que el Ministerio tuvo en cuenta, están totalmente calcados en la demanda, qué fue lo que pasó y cómo se desarrolló en términos de proceso no de demandante ¿Cómo se desarrolló de manera ilegítima, ilegal, el proceso de tercerización que sí le valió al Ministerio para poder emitir una sanción administrativa, pero que curiosamente, judicialmente ante los jueces, que son los que realmente tienen la autonomía y la jerarquía para poder definir realmente este tipo de irregularidades, aquí no se ve.

Entonces, el Ministerio de Trabajo sí colabora, sí presenta la ayuda jurídica necesaria, para poner en cintura a este tipo de actividades que son ilegales, ilegítimas y nos ayuda y ayudo mucho a los trabajadores para que, pues finalmente pudieran obtener una vinculación acorde al régimen laboral y no frente a un régimen presuntamente cooperativo; fue el Ministerio bajo su tutela y responsabilidad que desarticuló todo este aspecto de la tercerización laboral, que se debían a través de las cooperativas de trabajo, pero sí me extraña y por eso ruego a la Sala Laboral, lo decía en los alegatos de conclusión, aquí estamos frente a la construcción de país, aquí estamos frente a la responsabilidad de las autoridades jurídicas, frente a un establecimiento irregular de unas compañías extranjeras que quieren vulnerar los derechos de los trabajadores y yo he rogado y ruego a la justicia que realmente, seamos severos y seamos realmente conscientes de si se están desarrollando las actividades y por qué es lo que yo no concibo, se está premiando y se está ocultando a la ilegalidad frente a monstruos económicos, cuál es la intención o cuál sería entonces el interés de nosotros, proteger el músculo financiero de Avianca, que ya finalmente está desarticulado y que si bien es cierto, así parte hace algunos años, como yo lo relacionaba en los alegatos de conclusión de una empresa colombiana con un valor patrimonial muy grande, que hoy en día, como ya lo sabemos, a raíz de la Pandemia y a raíz de todas, no, perdóneme que no es a raíz de la pandemia, porque el proceso de capítulo 11, Ley de Quiebras de los Estados Unidos surgió con anterioridad al COVID, o sea, Avianca ya estaba totalmente desarticulada con anterior al COVID, por malos manejos y precisamente por estas actitudes, si conciben prestar la resguarda en nosotros como colombianos y los resaltaba en el despacho, que no es asunto de este aspecto, pero lo estoy peleando incluso hasta en Nueva York, porque pues finalmente estos capitales los quieren evadir y los quieren sacar del país y quieren desproteger a los colombianos, ya solicité la ayuda a la OIT y premiarlos porque me están desarticulando la empresa para llevarse el capital al extranjero y yo concibo y por eso solicito, que analicen realmente los fundamentos jurídicos, el actuar de Avianca y que no permitamos que todos estos trabajadores porque son más de 4.000 / 5.000 trabajadores de asistencia en tierra, que ya salieron todos de la compañía, como ustedes se han dado cuenta, aquí tengo muchas demandas ante la jurisdicción, por todos los trabajadores que sacaron y por los que la ilegalidad y el despacho tampoco tuvo en cuenta que la desmotivación que le redujeron los salarios, que les quitaron los beneficios, mejor dicho, los pusieron las condiciones más precarias y avaladas por el despacho, diciendo que esto está frente a la legalidad y que todo está frente a una normativa muy importante y que finalmente deben ser premiados las empresas demandadas porque están haciendo una muy bonita labor; cuando el mismo demandante pone de presente las condiciones precarias con las que fueron vinculados a través de SAI y que sabemos y que el despacho lo sabe y todos lo tenemos conocimiento, porque también se lo puse de presente la imagen corporativa de Avianca que le ha ido diluyendo precisamente por virtud de las demandas, está dentro de las actitudes, el mismo Andrés Riaño decía que, sí estaban dentro de los uniformes, sí está y también lo demuestro, está aportado dentro del informativo el primer carnet, donde dice que es una empresa de Avianca, el señor Andrés Riaño nos decía que finalmente Avianca también, el nombre aparecía en los uniformes de SAI y también igualmente estamos calcando el mismo procedimiento, las mismas herramientas, los mismos trabajadores, los mismos jefes, las mismas herramientas con los logos todavía de Avianca, estamos desarrollando la misma actividad con Avianca se trajo los clientes de la cooperativa y la desarrolla a través de SAI, le damos los mismos beneficios de casino de alimentación, le damos los beneficios de tiquetes, le damos, viene la estructura de Avianca, como en Andrés Riaño, que viene de Avianca y el 1º de noviembre y precisamente el mismo día que ingresa el demandante y todas las personas empieza comandar el proceso de asistencia en tierra a través del SAI, ¿no es sospechoso este aspecto? pues que precisamente me traigo al directivo de Avianca que ahora ya no existe, sino que ahora se traslada SAI, una empresa, que no tiene nada que ver, totalmente independiente; entonces estos aspectos sí considero que pues realmente el temor, el clamor, que solicito ante la justicia a través de la evidencia de la estructuración de un contrato realidad, es ir más allá de lo documental y más allá de lo argumentativo de que presentan los apoderados de las partes demandadas, en decir que es que el recibía órdenes de un líder y que, por lo tanto, como le daban orden un líder y como recibía los desprendibles de pago que dicen que

es SERVICOPAVA, que dice que es SAI, entonces esto está blindado y tenemos plena legalidad, este aspecto no es así, entonces finalmente, frente a estos aspectos tenemos totalmente claro, vemos documentalmente también todas las órdenes, instructivos que le han dado, la póliza de seguro que tenía Avianca suscrita con el demandante. ¿Por qué razón Avianca saca una póliza a favor del demandante si no tiene absolutamente nada que ver? ¿por qué razón, como lo decían, los controles biométricos utilizaban para el control del registro de ingreso, entradas lo utilizaban los de Avianca y no SERVICOPAVA tenía unos propios? ¿Entonces aquí también la consecuencia, si utilizo los controles biométricos para el ingreso, para el control de la alimentación, para el control del transporte de los de Avianca, entonces quién controlaba si un trabajador fue o no fue a trabajar?

Aquí no es como lo plantea el despacho, que es que para pedir permiso tenía que pedirle permiso a un líder de SERVICOPAVA, aquí estamos hablando, es de estructura que finalmente el proceso lo maneja Avianca y que aquí están los soldaditos, como lo decía yo, los trabajadores de asistencia en tierra operativos, como lo decía aquí Jairo puentes, nosotros lo único que hacemos es caso, de estructura, yo no sé y no se le puede exigir a un trabajador que sepa de estructura, pero, sí se le exige que finalmente documentalmente está calcado y está debidamente demostrado, que finalmente nunca ha salido de la órbita de lo que es la empresa y lo que es Avianca. Recordemos entonces que finalmente tuvo que tener doble acuerdo de formalización laboral para que pudieran dejar de tercerizar este aspecto.

Ahora, la renuncia, dice el despacho, que no presenta ningún vicio y que pues finalmente lo que se puede apreciar que porque el trabajador Jairo fuentes no estuvo vigente o no estuvo pendiente de cómo fue el proceso de la terminación o de la desvinculación del demandante, no se encuentra ningún vicio y que pues finalmente también establece que pues el acuerdo de formalización no da para entender, pues precisamente ninguna presión y yo pregunto entonces, finalmente, como se ha planteado, y lo dijo aquí el señor Jorge Orlando Piraban, aquí se tomaron como trabajadores nuevos, los trajeron al mínimo, no es ninguna presión ni ninguna ejercer coactividad, cuando yo vengo con un salario posterior, con un salario superior y le digo, mañana empieza con un salario mínimo, ¿qué trabajador voluntariamente accede a que yo de aquí a mañana voy a trabajar por un salario inferior? y no me imagino el discurso, señores trabajadores, le voy a bajar su salario, le quito los beneficios extralegales le voy a quitar su antigüedad y estamos totalmente de acuerdo. Yo llamo la atención al despacho, a la Sala Laboral del Tribunal Superior, si realmente eso no es una coacción y si realmente voluntariamente un trabajador, que no tiene educación, sino que estamos hablando de trabajadores operativos y como le decía Jairo Puentes, yo no sé eso, yo no sé jurídicamente y ustedes, como Sala Laboral dan cuenta del testimonio del señor Jairo puentes, sí es natural, si él tenía amplios conocimientos y sabe realmente cuando le ponen un contrato de trabajo con condiciones de desmejora, si es consciente, realmente en su sentir, de que está firmando algo convenientemente o que esté de acuerdo, esto no pasa y por eso precisamente están los jueces de la República, para mirar por detrás si realmente hay una mala intención o si realmente hay una buena intención y por eso es precisamente los factores que nunca, anulan el consentimiento o lo vician el error, la fuerza y el dolo, estos no son aspectos que son latentes y que se han dado, sino que tienen que ser de un análisis jurídico profundo, no puede ser desestimados solamente porque firmaron o no firmaron, sino que finalmente, tienen que verse la intencionalidad y la intencionalidad de Avianca, porque fue la que firmó el acuerdo y los vinculó a través de SAI, fue mal intencionada y fue traer y desmejorar a los trabajadores que presuntamente estaban trayendo a una formalidad y que le están vendiendo, al menos en este proceso nos están diciendo que fue muy bonito y que gracias a ello es que los trabajadores tienen o estaban desarrollando sus actividades, por un contrato de trabajo y que esa era una responsabilidad empresarial de la empresa y que es una virtud que debemos aplaudir.

Estos aspectos son los que yo estoy llamado como demandante o como apoderado judicial a que la justicia analice, a que miremos mucho más allá de lo que dicen los documentos, y es que es más, si es por virtud del acuerdo de la firma de una vinculación o los pagos, yo siempre lo ha admitido y fui primero, en poner en la demanda el documento donde firman la vinculación cooperativa, les pongo de presente los documentos cooperativos, mis trabajadores siempre están aceptando y diciendo y en los hechos de la demanda digo sí documentalmente aparecía y figuraba SERVICOPAVA, eso no es negado y si fuese así, pues yo no hubiese puesto tampoco como las pruebas para poderme decir, vean aquí desmiento lo que digo, precisamente el contrato realidad establece un análisis jurídico profundo, responsable y al tenor de las reglas de la sana crítica para establecer si realmente hubo o no una condición anómala y por eso, pues, resaltó en ese aspecto.

Ahora, en cuanto a SAI, ya hablamos de la intermediación y tenía, pues todos los elementos que también igualmente estamos estableciendo, que finalmente es la misma empresa, son los mismos clientes, son los mismos trabajadores, pero que sí me salta también bastante, sorpresa la interpretación que no ha dado otros despachos frente a el beneficio de alimentación, 100.000 pesitos que le ofrecían a los trabajadores y que tampoco lo considera, pues obviamente el despacho como virtud de desmejora ni de presión, el que no se los hayan pagado y el despacho dice que, pues como se demostró que finalmente o decían o que les entregaban un beneficio de casino de alimentación, entonces da por sentado que este beneficio incluso superaba económicamente a los 100.000 pesitos, no es el hecho de que un beneficio supere o no la promesa, legalmente y lo tenemos por la Corte Suprema de Justicia ya los pronunciamientos que han salido en las condenas precisamente por este aspecto, es que legalmente, yo no puedo como empleador variar las condiciones de un compromiso adquirido y menos, un compromiso adquirido contractualmente

frente a las labores del demandante desarrolladas a través de la cooperativa de trabajo asociado e igualmente la independencia de la vinculación a través de la compañía Servicios Aeroportuarios Integrados S.A.S., es evidente ya que no se analizó en su integridad los aspectos probatorios para determinar las circunstancias de intermediación y de tercerización laboral indebida que se ha presentado en el desarrollo de las actividades que ha tenido Avianca, frente a las actividades de asistencia en tierra. Recordó, en virtud de las normas previstas, las cooperativas de trabajo asociado tienen la imposibilidad de tercerizar el objeto social y no es cierto, como lo analizó la *a quo,* que las labores de asistencia en tierra, no constituyan mérito del objeto social de Avianca, y tampoco es cierto que SERVICOPAVA tenga las facultades precisamente para poder desarrollar este tipo de actividades ya que el mismo testigo, Andrés Riaño y los representantes en sus interrogatorios de parte, frente a la legalidad y la autorización que tenía SERVICOPAVA para desarrollar actividades de desarrollo de asistencia en tierra, informaron que no cuenta legalmente con la autorización para poder desarrollar este tipo de actividades porque éstas son específicas y reglamentadas por parte de la aeronáutica civil, lo que exige que dentro de sus

---

y se establece como lo resaltaba y lo leyó la transcripción literal del compromiso dinerario por parte de la empresa frente al reconocimiento al trabajador y no en especie, y por eso yo le preguntaba incluso al mismo nominador de Jorge Orlando Piraban si hubo una modificación del beneficio que se le haya mostrado al demandante para decir, no es que ese beneficio se lo voy a dar que había sido pactado en dinero, ahora lo voy a pagar en especie, el claramente dijo que no. ¿Por qué? Pues porque eventualmente así no ocurrió y este beneficio de alimentación y transporte ya venían recibiéndolos ellos de manera dual a través de la cooperativa y aquí también lo dijo Jorge, lo dijo Jairo Puentes, recibían las rutas de transporte, pero sin embargo les pagaban un transporte, un auxilio de transporte, les pagaban un auxilio de alimentación y, sin embargo, siempre han recibido el beneficio de alimentación en casino.

Entonces, aquí no es como creería yo o no sé cómo es que lo interpreta este despacho para considerar que estamos hablando del mismo beneficio y tampoco lo explica el despacho de cómo mutuo o cómo legalmente se puede convertir en un beneficio en especie cuando era un beneficio que ya tenemos claramente que venía de vieja data y de siempre de los trabajadores, hacer una promesa adicional que no ha sido modificada y que no es equiparable, puede que le den una alimentación que cueste 100.000 pesos diarios, no es el hecho, no es la circunstancia, es un compromiso contractual y que la alimentación en especie, nunca se tuvo en cuenta ni se consideró por la por la parte contractual de modificarla desde el primer día continuaron dando la alimentación, más, sin embargo, estaba pactado contractualmente un beneficio de alimentación, recordemos también que el demandante decía cuál fue el óbice para poder que suscribieran esos contratos, que, pues finalmente también dan la estructuración de la mala fe y de los vicios de consentimiento, en un espejo que utilizaron y que nos lo decía precisamente el señor Jorge Orlando Piraban, que le realizaron al demandante y todos los trabajadores que venían de la cooperativa, es darles 3 meses como no constitutivos de salario, una suma que equiparaba precisamente a lo que devengaban anteriormente, pero como lo dicen aquí mi testigo, y lo dice el demandante y todas las personas, aquí nos engañaron, nos ilusionaron 3 meses con que iban a mejorar o que estábamos iguales y cuando se dan cuenta porque no son ávidos legalmente nos quitaron esos beneficios y ahí están el contrato, que el beneficio y lo dijo señor Jorge Orlando Piraban, eran por 3 meses únicamente y a los 3 meses ¿Qué les quitan? Les quitan todos los beneficios, le quitaron la remuneración y no le pagan la alimentación y fuera de eso, los esclavizan directamente, pero, digamos como estos aspectos no son tenidos en cuenta y pues finalmente por eso llamó la atención que finalmente esto va a ser decidido en la honorable Corte Suprema, pero sí quiero llamar la atención ante la Justicia ante el Tribunal Superior de Bogotá, tengamos, responsabilidad, análisis jurídico frente a esta problemática que no es una problemática fácil, que es una problemática que llevamos peleando desde hace varios años, pero que considero yo que tengamos y que tener un feliz término.

Por lo anterior, solicito entonces, a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva analizar todos los aspectos anteriormente explicados y despachar favorablemente la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda. Muchas gracias.".

lineamientos tenga que ser solamente las aerolíneas las autorizadas para poder desarrollar actividades aeronáuticas, siendo imprecisa la observación frente a la legalidad del desarrollo de unas actividades por parte de una cooperativa de trabajo asociado de cara a las actividades técnicas aeronáuticas que rigen y que exigen, así como lo ha presentado en esta oportunidad SAI, tener inscrito sus manuales, contar con las debidas autorizaciones aeronáuticas. Esto, nunca lo probó SERVICOPAVA, pues la misma aeronáutica civil presentó y compulsó unas copias en el 2012, frente a una eventual irregularidad de Avianca, y es por ello que se puede establecer que Avianca, está realizando de manera inadecuada las labores que le son encomendadas y que precisamente las autorizaciones legales le habían sido dadas. Esto no es tercerizable y menos aun cuando se establece con el material probatorio que en el objeto social de Avianca están inscritas las labores de asistencia en tierra y toda la operación aeroportuaria en el numeral primero y que no es cierto, que el desarrollo de la actividad de Avianca es el transporte aéreo de pasajeros, porque las aerolíneas no viven de transportar pasajeros, en su sentir, el negocio está en todas las actividades de carga y es precisamente en ese proceso, el de manipulación de cargas que está inscrito el actor, al ser un trabajador de asistencia en tierra, toda la asistencia que necesita en tierra el alistamiento de la aeronave, subir toda la carga y descargarla para poder hacer el alistamiento de la aeronave.

Así, Avianca se lucra de la actividad de asistencia en tierra ya que vende los procesos de asistencia y es económicamente retribuible a la empresa, siendo parte de su objeto social, por eso no se puede entender cómo una actividad terciaria que no tiene que ver con el rol de negocio lo vende y está totalmente demostrado. SAI es de Avianca y es el mismo negocio, pudiéndose corroborar con el dicho del señor Andrés Riaño, cuando informó que los clientes de SERVICOPAVA eran de Avianca, entonces no se puede impartir legalidad al proceso de trabajo de cooperativa.

Agregó, otro aspecto importante que plantea el despacho de manera inadecuada, es el uso de los elementos de labor, que si bien es cierto SERVICOPAVA no tenía los elementos propios para desarrollar la labor de asistencia en tierra, presentó un contrato de comodato que le daba la amplitud y la autonomía para desarrollar estas actividades bajo la sombrilla legal. Este aspecto, debe atenderse según lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencias que han sido reiteradas en la sentencia SL 3436 de 2021, en donde la Corte tiene una posición bastante clara frente a la utilización por las cooperativas de trabajo asociado a estos elementos de comodato y que dice

contrario a la interpretación planteada por el despacho que, estos elementos cuando no son propiedad de la cooperativa, son un indicio en contra, precisamente acogiendo los criterios de aplicación de la OIT, es decir, los elementos de labor no son de la cooperativa de trabajo asociado, sino meramente aparente y esconde la pretensión empresarial de la deslaboralización personal, no tienen que ser tomados en cuenta como una virtud de la autonomía, sino que todo lo contrario, sean tomados o deben ser tomados como un indicio grave.

Entonces, estos aspectos deben ser analizados con la debida interpretación planteada por la Corte Suprema de Justicia porque aquí lo que el Juez Laboral debe plantear y como lo decía válidamente frente al desarrollo de la prueba, se debe estudiar la realidad, no la apariencia frente al contrato de comodato, siendo ello que, Avianca, presentaba toda la estructura y todo el desarrollo intelectual, directivo y direccional, por eso, precisamente aquí el señor Andrés Riaño salía de la cooperativa trabajo para Avianca y el 1º de noviembre de 2017 se vinculó a SAI, esto porque precisamente estamos hablando de un mismo proceso de una misma compañía y una misma responsabilidad.

Narró, el testigo Andrés Riaño fue Director de Operaciones terrestres de Avianca cuando no tenía el proceso y dijo que era un direccionamiento, una coordinación frente al cumplimiento del contrato, pero para ello, como lo presentó también, dentro de las pruebas dentro de los mapas de procesos internos de Avianca no se necesita ni se requiere, ni es indispensable ni es legalmente que exista un departamento de asistencia en tierra, recordemos que el señor Andrés Riaño expuso que la actividad que realizaban ellos era para cuando se presenta una irregularidad frente al desarrollo de una actividad técnica, mandaban un abogado, esto no es viable porque se está hablando de aspectos técnicos y diarios que también desprenden que el direccionamiento de un proceso técnico diario y de gestión de minutos que no puede ser válidamente o no es concebible que tenga una independencia en un mismo proceso, una aeronave que tenga un alistamiento de 10 minutos y que cuyo direccionamiento sea de Avianca, no pudiendo ser viable ni posible que SERVICOPAVA, una cooperativa que no tenía cabeza, al menos de estructura, nunca los presentó porque no existían para poder estructurar de cómo se debía desarrollar el proceso, pudiendo desarrollar unas actividades con independencia. El mismo Andrés Riaño estableció que los directivos daban órdenes y eran vinculados por Avianca y los operativos son vinculados por SERVICOPAVA.

Entonces aquí ni siquiera se presenta un organigrama frente al desarrollo de las actividades o que los direccionamientos fuesen dados por personal directo de Avianca, por ejemplo, Jairo Puentes daba a entender algunas cosas, por ejemplo, el direccionamiento lo daba SERVICOPAVA, el mismo Jairo Puentes, informó, no se sabe la identidad de quién es quién y eso lo dejó claro Jairo Puentes, al manifestar, "*aquí yo no sé quién es de SAI*", "*quién es de Avianca, quién es de SERVICOPAVA*", "*porque todos tienen la misma identificación", "todos tienen los mismos uniformes y hay un solo proceso y se mete gente de Avianca y gente de SERVICOPAVA, gente de SAI".*

Igualmente expuso, la imagen corporativa de Avianca, nunca la relegó y no se puede dar válidamente una tercerización laboral de un proceso de manera autónoma, una cooperativa de trabajo cuando los trabajadores que están desarrollando las actividades, supuestamente independientes y con su propia autonomía, que son sus propios dueños de la actividad, utilizan el carné de la empresa cliente, utilizan los uniformes completamente con la identificación de Avianca, esa independencia no se hace extensible a que puedan utilizar las rutas de transporte de Avianca, que reciban el beneficio de alimentación en el casino de alimentación de los trabajadores de Avianca, que les entreguen tiquetes, porque son tiquetes beneficio para trabajadores y los de la CTA no son trabajadores, supuestamente eran de una cooperativa independiente. SERVICOPAVA y SAI de paso brindan capacitaciones a los trabajadores de la cooperativa y lo mismo pues en el desarrollo de la labor siempre fueron obviamente las dependencias dadas legalmente a Avianca.

Amplió, no se analizó que las herramientas también que tienen los logos y que son de propiedad de Avianca, tanto en SAI como en Avianca, no se tuvo nunca, de propiedad de SERVICOPAVA. Desde el 2013 SERVICOPAVA estaba desarrollando este tipo de actividades, entonces por qué razón nunca SERVICOPAVA siendo la propietaria y los trabajadores adquirieron esas herramientas, además, en el acuerdo de comodato siempre Avianca era la que compraba las herramientas y las daba para la utilización, pero siempre fueron de Avianca y nunca la cooperativa se preocupó o compró los elementos, sino que siempre tenían que ser propiedad de Avianca.

No se analizó la terminación ya que el actor presentó renuncia y si era dueño de la Cooperativa por qué no se podía reubicar, pese a terminarse la oferta mercantil con Avianca, nunca se presentó una adecuada información frente al proceso de formalización laboral, porque él tuvo que asumir una posición de

renuncia y aceptación de un cargo o de una proposición cuando se supone que era un empresario y debería haber tomado la decisión autónoma de decidir qué venia para el futuro, aspecto que omitió SERVICOPAVA para desarrollar esas actividades.

Además, el actor tenía que pedir permiso a un líder de SERVICOPAVA, siendo la estructura o proceso que maneja Avianca, siendo trabajadores de asistencia en tierra operativos, lo que generó un acuerdo de formalización laboral para que pudieran dejar de tercerizar este aspecto.

Frente a la renuncia, adujo, se ejerció presión ya que el actor devengaba un salario superior y le informaron que empezaría con un salario mínimo, lo que se tipifica en una coacción de un trabajador que no tiene educación, sino que estamos hablando de trabajadores operativos y por eso precisamente están los Jueces de la República, para mirar si realmente hay una mala o buena intención de Avianca.

En cuanto a SAI, es la misma empresa, son los mismos clientes, son los mismos trabajadores, no pudiéndose desconocer los $100.000 pactados como cláusula de alimentación, ya que es una desmejora que no se los hayan pagado al ser un compromiso adquirido contractualmente y no en especie, estos beneficios de alimentación y transporte ya venían recibiéndolos de manera dual a través de la cooperativa y aquí también lo dijo el testigo Jairo Puentes, recibían las rutas de transporte, pero sin embargo les pagaban un transporte, un auxilio de transporte, les pagaban un auxilio de alimentación y, sin embargo, siempre han recibido el beneficio de alimentación en casino.

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 DAIMER VILLARUEL CÁRDENAS las pretensiones relacionadas a folios 2 a 8, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 8 a 18, aspirando:

3.1. DECLARATIVAS:

PRIMERA: DECLARAR la solidaridad de las demandadas **AVIANCA S.A., SERVICOPAVA CTA.,** y **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S**. respecto las obligaciones laborales que por la presente se reclaman, al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

SEGUNDA: DECLARAR que la vinculación realizada por el demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS a través de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA- EN LIQUIDACION-**, para desarrollar sus servicios personales para la Compañía AVIANCA S.A., corresponden en la realidad a un contrato de trabajo a término indefinido desarrollado con la compañía AVIANCA S.A.

TERCERA: DECLARAR que la vinculación realizada por el demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS a través de **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.**, para desarrollar sus servicios personales para la Compañía AVIANCA S.A., corresponden en la realidad a la continuidad del contrato de trabajo desarrollado con la compañía AVIANCA S.A.

CUARTA: DECLARAR que los servicios prestados por el demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, a través de **SERVICOPAVA Y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.**, para la empresa AVIANCA S.A., constituyen en actitudes de tercerización e intermediación laboral indebida, atendiendo a las probanzas aquí establecidas junto con las declaratorias ya determinadas por el Ministerio de Trabajo en contra de las demandadas.

QUINTA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, no se le afilió ni pagó el derecho a la **CESANTÍA** conforme a lo dispuesto en la ley 50 de 1990, desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

SEXTA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, no se le pagó los **INTERESES A LA CESANTÍA**, desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

SEPTIMA: DECLARAR que al demandado DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, se le reconoció un valor habitual denominado **COMPENSACIÓN EXTRAORDINARIA** que constituye factor salarial, la cual correspondía para todos los efectos legales a la remuneración de las actividades laborales de la demandante, desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

OCTAVA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, no se le pagó el derecho a **VACACIONES** desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

NOVENA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, no se les pagó la **PRIMA LEGAL DE SERVICIOS** desde su vinculación y hasta el día 31 de octubre de 2017.

DÉCIMA: DECLARAR que las demandadas adeudan al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, el valor correspondiente al auxilio legal de transporte desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

DÉCIMO PRIMERA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, no se le pagó los derechos **EXTRALEGALES** de que trata el **PLAN VOLUNTARIO DE BENEFICIOS** de Avianca, aplicable a todos los trabajadores no sindicalizados de la Compañía, durante toda la vigencia de la relación laboral. Tales como (bonificación extralegal de febrero, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio Educativo, Auxilio médico, Ayuda Especial para Salud, Auxilio de alimentación, Auxilio extralegal de transporte) por toda la vigencia del contrato de trabajo.

DÉCIMO SEGUNDA: DECLARAR que la desvinculación realizada por la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA- EN LIQUIDACION-,** al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS el día 31 de octubre de 2017, es ineficaz, por evidencia de vicios en el consentimiento (error, fuerza y dolo) que pesan sobre el formato de renuncia que les fue impuesto para su suscripción obligatoria.

DÉCIMO TERCERA: DECLARAR que la demandada AVIANCA S.A., ante la imposición de una multa, por el Ministerio de Trabajo por evidencia de intermediación laboral indebida en los procesos de Asistencia en Tierra, se vio obligada a suscribir el denominado Acuerdo de formalización laboral, ante el Ministerio de Trabajo, pretendiéndose con ello superar las vulneraciones laborales del aquí demandante.

DÉCIMO CUARTA: DECLARAR que el compromiso de formalización laboral, comprendía no persistir en actitudes de intermediación laboral por parte de Avianca, no obstante, la empresa continuó con tales prácticas adquiriendo y pasando a sus trabajadores a una nueva empresa SAI S.A. de propiedad de la misma AVIANCA S.A.

DÉCIMO QUINTA: DECLARAR que, en desarrollo del presunto proceso de formalización laboral del aquí demandante, se le vulneró sus derechos laborales, ya que no le mantuvieron sus condiciones al disminuírsele notablemente su salario o remuneración mensual devengada, a partir del día 1 de noviembre de 2017.

DÉCIMO SEXTA: DECLARAR que, en desarrollo del presunto proceso de formalización laboral del aquí demandante, se le vulneró sus derechos laborales, ya que no le mantuvieron al demandante, la antigüedad que ya llevaba el trabajador al servicio de la compañía.

DÉCIMO SÉPTIMA: DECLARAR que, en desarrollo del presunto proceso de formalización laboral del aquí demandante, se le vulneró sus derechos laborales, ya que se les obligó a presentar renuncia presuntamente voluntaria mediante un formato que les fue suministrado en reunión desarrollada por Avianca S.A. en sus propias instalaciones, el día 31 de octubre de 2017, como presunto requisito para su formalización laboral.

DÉCIMO OCTAVA: DECLARAR que en desarrollo del presunto proceso de formalización laboral del aquí demandante, se les vulneró sus derechos laborales, ya que les eliminaron a partir del 1 de noviembre de 2017, los beneficios que mantenían, tales como tiquetes beneficio, beneficio de salud, bono educativo, bonificación por transporte, beneficio de alimentación, beneficio por navidad, bonificación por reemplazo, entre otros.

DÉCIMO NOVENA: DECLARAR que al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS desde el día siguiente de su desvinculación con SERVICOPAVA CTA, esto es a partir del 1 de noviembre de 2017 continuaron desarrollando sus actividades para la sociedad **AVIANCA S.A.**, con los mismos jefes, compañeros, herramientas, y demás condiciones con que se venían desarrollando desde su ingreso con las empresas de servicios temporales.

VIGÉSIMA: DECLARAR que los eventuales pagos que hayan sido realizados para cubrir el derecho a la cesantía, desde sus vinculaciones hasta el día 31 de octubre de 2017, constituyen pagos irregulares al tenor del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que tales sumas no son legalmente válidas como pago de cesantía al no ser consignadas ante el fondo de cesantía.

VIGÉSIMO PRIMERA: DECLARAR el derecho del demandante respecto de la **SANCIÓN** por el no pago de los intereses a la cesantía durante el periodo que mantuvieron su vinculación a través de SERVICOPAVA CTA.

VIGÉSIMO SEGUNDA: DECLARAR el derecho del demandante respecto del pago de la **SANCIÓN** por la no consignación en el fondo respectivo de la cesantía.

VIGÉSIMO TERCERA: DECLARAR que la suma reconocida por las demandadas al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, a título de **COMPENSACION EXTRAORDINARIA**, reconocida a las demandantes era de carácter salarial, en virtud a que era retributiva de sus servicios.

VIGÉSIMO CUARTA: DECLARAR que las demandadas descontaron de manera ilegal al demandante al inicio del contrato, bajo el concepto de "cuota de Admisión" el valor correspondiente a un 1 día de salario del trabajador. Valor que no le fue reintegrado.

VIGÉSIMO QUINTA: DECLARAR que la demandada SERVICOPAVA CTA., descontó de manera ilegal al trabajador, el 5% del valor mensual del salario del trabajador durante toda su relación laboral, bajo el concepto de "aportes sociales" por el hecho de pertenecer a la Cooperativa, los cuales no le eran reintegrados al trabajador.

VIGÉSIMO SEXTA: DECLARAR que la demandada AVIANCA S.A. obró de mala fe en el desarrollo del contrato de trabajo, en virtud a que en todo momento era conocedora de la ilegalidad de la vinculación, ello a raíz de las sanciones impuestas por el ministerio de trabajo desde el año 2012, respecto de la intermediación laboral indebida de sus trabajadores de asistencia en tierra, sin embargo, continuó con su práctica en flagrante trasgresión de los derechos del trabajador sometiendo al demandante a múltiples esquemas ilegales de contratación.

VIGÉSIMO SEPTIMA: DECLARAR que la demandada SAI S.A.S., no le ha pagado a los demandados desde el día 1 de noviembre de 2017, hasta la actualidad, el derecho al auxilio de alimentación acordado en el contrato de trabajo por la suma de $100.000.00 mensuales.

VIGESIMO OCTAVA: DECLARAR que en las actuales condiciones la demandada **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.** ejerce presiones a sus trabajadores para que presenten renuncia a sus contratos de trabajo, bajo amenazas constantes en el desarrollo de sus labores.

VIGESIMO NOVENA: DECLARAR que la demandada SERVICOPAVA, clasificaba erradamente ante la ARL a los trabajadores demandante, con el propósito de eludir el reconocimiento y pago del riesgo real al cual se encontraban sometidos la demandante en desarrollo de su actividad laboral.

TRIGESIMA: **DECLARAR** la nulidad de las presuntas cartas de renuncia presentada por el demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS**,** ante la demandada **SERVICOPAVA CTA.**

Como consecuencia de lo anterior, pidió se condene:

1. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho a la "**bonificación especial**" que AVIANCA reconoce y paga a todos sus trabajadores no sindicalizados en el mes de febrero, en razón a 15 días de salario, conforme al denominado PVB de la Compañía, durante toda la vigencia de la relación laboral, y los que se causen a futuro.

2. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho a la "**prima de vacaciones**" que AVIANCA reconoce y paga a todos sus trabajadores no sindicalizados en sus periodos de vacaciones correspondiente a 21,32 o 37 días de salario básico, conforme al denominado PVB. Durante toda la vigencia de la relación laboral, y los que se causen a futuro.

3. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho a la "**prima de navidad**", que la Compañía reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados en el mes de diciembre en razón de 26,37 o 42 días de salario básico, conforme al denominado PVB. Durante toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

4. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**reconocimiento por antigüedad**" en razón de 8 días de vacaciones y 2 pasajes por los primeros 5 años; 11 días de vacaciones y 2 pasajes adicionales por el cumplimiento de sus 10 años de servicio y el derecho proporcional que le asiste por la totalidad de su antigüedad para la Compañía. Durante toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

5. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**incentivo de productividad**" que AVIANCA reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados mensualmente según el índice de ausentismo y conforme a la tabla establecida para ello, durante toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

6. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**Auxilio Educativo**" que se reconoce por AVIANCA 1 o 2 veces al año, a todos sus trabajadores no sindicalizados, conforme a la tabla establecida en el denominado PVB. Por toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

7. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**Auxilio médico**", que AVIANCA reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados que no cuentan con afiliación a servicios de medicina prepagada, mensualmente conforme la tabla establecida en el denominado PVB. Por toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

8. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho a la "**Ayuda Especial para Salud**" que AVIANCA reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados mensualmente, como ayuda para el pago cuotas moderadoras y copagos en el valor correspondiente a la tabla establecida en el denominado PVB. Por toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

9. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**Auxilio de alimentación**" que AVIANCA reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados mensualmente conforme a la tabla establecida en el denominado PVB. Por toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

10. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, del derecho al "**Auxilio extralegal de transporte**" que AVIANCA reconoce y paga a sus trabajadores no sindicalizados mensualmente, conforme a la tabla establecida en el denominado PVB. Por toda la vigencia de la relación laboral y los que se causen a futuro.

11. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, como factor salarial de las sumas que le fueron reconocidas a los por concepto de **COMPENSACION EXTRAORDINARIA**, desde su ingreso hasta el día 31 de octubre de 2017, ello en virtud a que dicho pago fue reconocido de manera habitual como contraprestación directa de sus servicios personales.

12. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de las **cesantías** causadas desde sus ingresos hasta el día 31 de octubre de 2017.

13. A la reliquidación y pago de la cesantías del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, a partir del 1 de noviembre de 2017, en virtud a la disminución ilegal del salario de la demandante, y las que se en el transcurso del proceso.

14. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de los **intereses a la cesantía** causadas desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

15. A la reliquidación de los **intereses a la cesantía**, del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, causados a partir del 1 de noviembre de 2017, en virtud a la disminución ilegal del salario de la demandante.

16. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de la **prima de servicio** causadas desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

17. A la Reliquidación de la **prima de servicio**, del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, causadas a partir del 1 de noviembre de 2017, en virtud a la disminución ilegal del salario de la demandante y las que se causen a futuro.

18. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de las **vacaciones** causadas desde su vinculación hasta el día 31 de octubre de 2017.

19. La Reliquidación de las **vacaciones** causadas al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, a partir del 1 de noviembre de 2017, en virtud a la disminución ilegal del salario de la demandante y las que se causen a futuro.

20. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de la **sanción por la no consignación de las cesantías** a un fondo legalmente establecido, causadas desde el ingreso hasta el día 31 de octubre de 2017, en virtud a que durante este periodo no fueron afiliados a un fondo legal de cesantía.

21. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de la sanción por la consignación incompleta de la cesantía ante los fondos de cesantías respectivos del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, causados desde el 1 de noviembre de 2017 y las que se causen a futuro.

22. Al pago al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de la **sanción por el no pago de los intereses a la cesantía** causadas desde su ingreso hasta el 31 de octubre de 2017 y los que se causen en el transcurso del proceso.

23. A la **Reliquidación de los Salarios** del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, causados desde el día 1 de noviembre de 2017, hasta la fecha de la condena, en virtud a que la demandada dispuso la disminución salarial unilateral e ilegal de la demandante ante su presunta formalización Laboral.

24. A la **Reliquidación de los Aportes Pensionales** del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, por toda la relación laboral, en virtud a que la demandada ha realizado de manera incompleta el pago de sus aportes.

25. Al pago al demandante de los **días adicionales de vacaciones** que no fueron pagados conforme a lo dispuesto en el PVB aplicable a los trabajadores de Avianca durante toda la relación laboral del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS

26. Al reconocimiento al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, de los **tiquetes** que, por política interna de la compañía se le han dejado de reconocer, como trabajadores de Avianca S.A. durante toda la vigencia de su relación laboral.

27. A PAGAR a favor del demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, las sumas ilegalmente descontadas por concepto de **CUOTA DE ADMISION** a SERVICOPAVA, al momento de su vinculación por la Cooperativa.

28. A PAGAR al demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, el valor de las **cuotas mensuales** equivalentes al 5% del valor de su salario que les fueron descontados ilegalmente durante toda su relación laboral vinculados a través de SERVICOPAVA, bajo el concepto de "APORTES SOCIALES".

29. Al pago mensual de la suma de $100.000.00 por concepto de **AUXILIO DE ALIMENTACIÓN**, convenido en el contrato de trabajo suscrito por el demandante DAIMER VILLARRUEL CARDENAS, a partir del 1 de noviembre de 2017 y que las demandadas no les han pagado hasta la fecha de la demanda.

30. A la **Indexación** de los derechos y sumas aquí reclamadas, los cuales han causado su devaluación por el transcurso del tiempo.

31. Al pago de los **intereses moratorios** generados por las sumas impagadas.

32. Haciendo uso de la facultad **ULTRA Y EXTRA PETITA**, en materia laboral, solicito se **DECLARE ORDENE Y CONDENE** a los demandados, y a favor de mi mandante, en relación con todos los derechos o acreencias laborarles, que le pudieran corresponde, y que no estén contenidos dentro de las pretensiones de esta demanda.

33. A pagar las **COSTAS, GASTOS PROCESALES** y agencias en derecho, de conformidad con las buenas actuaciones del abogado accionante, según lo establecido por el acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Obteniendo sentencia de primer grado desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a las sociedades Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA en Liquidación, y Servicios Aeroportuarios Integrados, de las pretensiones incoadas por parte del señor DAIMER VILLARUEL CÁRDENAS y se condenó en costas. **Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado** que, i) Se encontró demostrada la relación entre SERVICOPAVA – EN LIQUIDACIÓN y AVIANCA S.A., de acuerdo al artículo 6º del Decreto 4588 de 2006, existe oferta mercantil y los otrosíes suscritos, ii) Halló demostrada la tenencia, posesión o propiedad de los elementos de trabajo que usaba el demandante de conformidad al artículo 8º del Decreto 4588 de 2006, (acuerdo de comodato) en el que las partes establecieron las reglas del uso de bienes, se demostró la autonomía en el trabajo del demandante concordante con el artículo 10º del Decreto 458 de 2006 y el artículo 12 de la Ley 1233 de 2008, como quiera que de acuerdo al convenio asociativo de trabajo, el señor Daimer Villarruel Cárdenas (*archivo 17, pág. 488 y 489*), ejerció funciones como auxiliar de operaciones terrestres, encargado del

cargue, descargue y alistamiento de aviones, funciones que al revisar el certificado de existencia y representación legal de Avianca S.A., no se observó que tales actividades se encuentren incluidas como actividad misional permanentes, esto es, las operaciones terrestres, en la precisa forma en que fueron ejecutadas.

Adicionalmente, no encontró acreditado que AVIANCA hubiese ejercido actos de subordinación frente al demandante, pues las instrucciones que debía recibir eran dadas por los líderes de rampa, personas al igual que el actor, estaban vinculadas a la Cooperativa enjuiciada. Asimismo, encontró demostrada la condición de trabajador asociado del demandante en cumplimiento a lo normado mediante artículo 14 del Decreto 4588 de 2006 y el artículo 11 de la Ley 1233 de 2007.

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

Es menester memorar, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En este orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el señor DAIMER VILLARUEL CÁRDENAS prestó servicios a favor de AVIANCA S.A. por medio de las codemandadas CTA SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y/o SERVICIOS AEROPUERTUARIOS INTEGRADOS -SAI S.A.S.-, teniendo la calidad de trabajador directo de la primera (AVIANCA) en virtud del principio de la primacía de la realidad. De encontrarse probado un contrato de trabajo, se verificará si hay lugar a declarar la solidaridad, si procede el pago de bonificación especial, prima de vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, compensación extraordinaria, prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, reliquidación de salarios, aportes pensionales, vacaciones PVB, tiquetes, devolución cuota de admisión, aportes sociales,

auxilio de alimentación, indexación, intereses moratorios, ultra y extra petita y costas.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se ejecuta la prestación pues prima la realidad "*en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*"[2].

De esta manera, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por el actor, quien afirma haber prestado sus servicios para AVIANCA y en ese orden atendiendo a la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del C.S.T., es menester verificar la prestación del servicio por cuanto acreditado dicho aspecto, se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por tanto a la parte demandada desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701.[3]

En la misma dirección, teniendo en cuenta que la pasiva se opone a las pretensiones de la demanda bajo el argumento, que el vínculo del demandante fue con SERVICOPAVA CTA en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el demandante, debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que *"El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice"*.

---

[2] *Citado por Américo Pla Rodríguez "Los Principios del Derecho del Trabajo", de. De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).*

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

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

A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas *"...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado".*

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000[4].

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

> *"**ARTICULO 70**.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios."*

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el art. 59 del mismo compendio normativo, veamos:

> *"**ARTICULO 59**.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho." (Subraya de la Sala).*

---

[4] *"Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores, por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.*

En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas, no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.".

A la par, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

> *"1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado* ***no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.*** *En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*
>
> *2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.*
>
> *3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado,* ***serán solidariamente responsables por*** *las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*
>
> *(...)"*

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagró:

> ***"Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado.*** *Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011*. ***El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes****". (Resalta la Sala)*

Bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas, es menester el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas documentales recaudadas de las cuales resultan de especial relevancia para resolver.

En primer lugar, se tiene que AVIANCA en el interrogatorio de parte absuelto por su representante legal[5], dijo no ser cierto que tuviera personal que coordinaba

[5] ***Interrogatorio Representante Legal Avianca, récord 58:35, archivo 34: "****El objeto social de AVIANCA se establece que eventualmente se dedica a otras actividades sin que implique que las actividades terrestres es el tema principal, de acuerdo con la información que se suministró me informaron que la Gerencia no existe, en tiempo atrás existió una gerencia de asistencia en tierra, no se puede corroborar si hubo o no un manual y más en ese tiempo, Avianca no tiene sanción por el Ministerio de Trabajo, en efecto la CTA Servicopava interpuso recurso y se suspendieron los actos administrativos, no es cierto que se hayan impuestos sanciones, los recursos prosperaron, la CTA si interpuso un recurso que prosperó, Avianca suscribió un acuerdo de formalización peor no hubo sanción, fue un Acuerdo laboral por tener 3 actividades que estaban tercerizadas, se recibieron de manera directa a los asociados, para tierra entre esos al demandante se recibió pero terminó siendo la empresa SAI, revisé el acuerdo y en ninguna parte se extrae que AVIANCA tenía que hacer un acuerdo de revisión o inspección, lo cierto es que el actor se vinculó a SAI, al momento de la vigencia del contrato se le otorgó un beneficio toda vez que se dio como resultado de una negociación de la CTA y Avianca, estos tiquetes los entrega el sector aeronáutico, e normal son beneficios que no tienen un valor económico y están sujetos a cupo, incluso, Avianca podría entregar tiquetes a tercero, por ejemplo a la firma que la representa sin que sea un trabajador, el hecho que se allegara una Política de Tiquetes es para efectos de ilustración de cómo se entregan los tiquetes, el*

actividades terrestres, además, que la función desarrollada por SERVICOPAVA en virtud del vínculo existente entre esas personas jurídicas, era independiente y autónoma, solo que, bajo la supervisión de AVIANCA, anotando, las actividades desarrolladas por la Cooperativa se enmarcaron en los términos contractuales. Con relación a la determinación de los horarios mencionó que existía independencia de la Cooperativa en cuanto a las personas que destinaría para la operación, pero en lo referente al sitio, era claro que las tareas debían ejecutarse en las instalaciones aeroportuarias. Aludió, si bien el Ministerio de Trabajo, Territorial Cali, le impuso sanciones por desconocimiento de las normas de intermediación, adujo que contra la misma se interpusieron los recursos respectivos que están pendientes de ser resueltos por lo que esa determinación no está en firme, aseguró no haber dado órdenes al demandante bajo ninguna plataforma. Frente a las herramientas de trabajo, dijo desconocer si todas eran de propiedad de AVIANCA, pero recordó que celebró un contrato de comodato con la Cooperativa para facilitar el uso de las mismas. Al indagársele por el seguro tomado por AVIANCA en el que aparece como beneficiario el demandante, ilustró que ello se hace en cumplimiento de las reglamentaciones y en virtud de la naturaleza especial de la CTA, precisando, ello fue una obligación pactada con esta última. Indicó, el demandante también tenía beneficio de alimentación y transporte, pero compartían proveedores con SERVICOPAVA y era esa la que asumía el pago. Acerca de las capacitaciones, aclaró que esa también era una obligación contractual asumida con SERVICOPAVA quien financiaba las mismas y que daba estas a muchas otras empresas.

Por su parte el liquidador de SERVICOPAVA[6] en representación de esta, ante el estrado mencionó que los elementos de trabajo empleados por el demandante

---

actor accedió al beneficios de alimentación porque en la cláusula tercera o cuarta se pactó que Avianca suministraría el auxilio y el transporte, se señala que hay una parte de este beneficios que se compensa con la factura, SAI entrega de manera directa el beneficio, SAI lo da a través del casino de Avianca así como Securitas, hay otras empresas, al CTA al ser un contratista independiente realiza las capacitaciones a sus trabajadores, sin embargo, se pactó que Avianca podría llegar a colaborar teniendo en cuenta las actividades del Aeropuerto, reitero que es un aspecto que se pactó en la oferta mercantil, si eventualmente se dieron capacitaciones surgieron con ocasión a las circunstancias que se desarrollaban en ese momento, por ejemplo la pandemia, Avianca no daba orden y no ejercía subordinación, no se dirigían instructivos, ay documentos que emitía Avianca pero tiene por objeto evitar mercancías al interior del aeropuerto, no habían instructivos".

[6] ***Interrogatorio Representante Legal SERVICOPAVA, récord 36:29, archivo 34: "****el actor fue vinculado en mayo de 2016 a la Cooperativa, no solo s ele entregaba logos de Avianca, la operación de tierra es muy grande, se ejercía la asisten en tierra en el aeropuerto de Bogotá y por eso se podía prestar, se hizo la oferta mercantil, la dotación o uniformes no tenía distinción, se ponía chalecos distintivos para coger las maletas y llevarlas al avión, no solo era los logos de Avianca, los carné tenían doble faz y tenía el logo de la Cooperativa y al otro lado de Avianca, era distintivo de todo trabajador, en el poco tiempo que estuvo, un año, tomó capacitaciones de la Cooperativa, algunas veces Avianca dictaba capacitaciones para casos puntuales de ellos, él estuvo vinculado a la Cooperativa y debía ocuparse del equipaje, como bajar el mismo del avión y llevarlo, hay un logro de la Cooperativa y e logró que Avianca diera beneficios a la Cooperativa, fue un logro, dentro de la oferta mercantil se pagan beneficios que fueran utilizados por los trabajadores de la CTA, ninguna sanción del Ministerio fie en Bogotá y menos donde prestó los servicios*

en el desarrollo de sus labores si bien eran de propiedad de AVIANCA, le habían sido entregados en comodato a la CTA, incluso, algunos trabajadores usaban recursos propios que luego le eran reconocidos. Sobre las capacitaciones, apuntó no ser cierto que no efectuara las mismas y, por el contrario, manifestó que no había ningún impedimento para contratar la realización de estas a través de terceros, pero pagados por la Cooperativa, como en efecto se hizo. En referencia a las instrucciones, dijo que las funciones eran determinadas por la Cooperativa según el manual de funciones y que, aunque siempre asumió la subordinación, era claro que existían labores de supervisión.

La demandada SERVICIOS AEROPUERTUARIOS INTEGRADOS SAI, expuso por medio de su representante legal[7], el demandante se vinculó con SAI por medio de un contrato de trabajo, se suscribió un acuerdo de formalización incluyendo al demandante, se dio cumplimiento y se firmó el acuerdo, el actor decidió aceptar la oferta laboral por lo que se suscribió un nuevo contrato de trabajo, no se reconoció el tiempo anterior al 1º de noviembre de 2017 porque se trata de una relación laboral, el actor presta servicios para desarrollar la labor de operador terrestre a uno de los clientes de AVIANCA pero no necesariamente es AVIANCA, se hizo un contrato y SAI presta servicios para clientes distintos, las herramientas que maneja el actor son propias, los de SAI

---

el actor, eso fue en Barranquilla en el 2012 en el 2016 y 2'017 fue en Cali y por eso el acuerdo de formalización, fueron decisiones de Atlántico y Valle del Cauca y el actor no estaba vinculado, esas sanciones quedaron suspendidas y nunca hubo ningún cobro, cada regional tiene su competencia para eso, no afectaba a Bogotá, fue una investigación aparte, la CTA no participó en el Acuerdo de formalización laboral, por materia de seguridad y normas de la Aeronáutica había un ingreso pero se requería el carné de los trabajadores asociados, si no s e hacia cobraban multa a al CTA o por fumar en tierra, eso lo solicitaba el operario, en este caso se pasaba el listado a Avianca, con base en los acuerdos mercantiles Aviacsa se encargaba de los requisitos, la CTA entrega los datos de los trabajadores, el contrato era grande y se manejaba a través del Gerente dela CTA y el Coordinador y así se llevaban a cabo los procesos, todo lo que se utilizaba era o de la CTA o del tercero al cual se le prestaba el servicios, no todo era de AVIANCA, la CTA también entregaba elementos".

[7] ***Interrogatorio Representante Legal Servicios Aeroportuarios Integrados SAI, récord 14:05, archivo 34:*** *"El demandante se vinculó con SAI por medio de un contrato de trabajo, se suscribió un acuerdo de formalización incluyendo al demandante, se dio cumplimiento, se firmó el acuerdo y se firmó contrato con el actor, el actor se vinculó con SAI porque decidió aceptar el acuerdo, es una oferta laboral, pero también había un acuerdo de formalización, SAI suscribió un nuevo contrato, no reconoce el tiempo anterior al 1º de noviembre de 2017, el actor prestó servicios con SAI para desarrollar la laboral de operador terrestre a uno de los clientes de AVIANCA pero no necesariamente era AVIANCA, se hizo un contrato y mi representada presta servicios para los clientes, tenemos casi 2º clientes distintos, las herramientas que maneja el actor son propios de mi representada, los de SAI tienen el logotipo, siempre se identifican los elementos de trabajo, el actor tiene acceso al CASINO que está ubicado en el Aeropuerto pero no significa que sea trabajador de AVIANCA, es un casino que es un tercero, la Compañía AVIANCA tiene un contrato con un tercero como un Holding, son personas jurídicas diferentes, aclaro que Avianca es ajeno a mi representada, Avianca es un tercero y no sé qué beneficios entrega, eso se evidencia en los documentos, al igual que Holding, el actor al ser trabajador de SAI tiene beneficios propios, ellos tienen beneficios de transporte, tiquetes y casino, el beneficios de alimentación se ha reconocido y dicho beneficio se pactó en el contrato no salarial, pero la empresa decidió prestar el servicio en el sitio de trabajo a través del casino, en el contrato dice que eventualmente se reconoce un auxilio por alimentación eso no quiere decir que sea en dinero o especie, se otorga el beneficio por valor de $100.000, el cual es no salarial".*

tienen el logotipo, siempre se identifican los elementos de trabajo, el actor tiene acceso al casino que está ubicado en el Aeropuerto pero no significa que sea trabajador de AVIANCA, es un casino que es un tercero, la Compañía AVIANCA tiene un contrato con un tercero como un Holding, son personas jurídicas diferentes, el actor al ser trabajador de SAI tiene beneficios propios, ellos tienen beneficios de transporte, tiquetes y casino, los beneficios de alimentación se han reconocido y dicho beneficio se pactó en el contrato como no salarial, pero la empresa decidió prestar el servicio en el sitio de trabajo a través del casino, en el contrato dice que eventualmente se reconoce un auxilio por alimentación eso no quiere decir que sea en dinero o especie, se otorga el beneficio por valor de $100.000, el cual es no salarial.

A su turno, el demandante en su interrogatorio[8] expresó, firmó un convenio el 2 de mayo de 2016, Servicopava lo afilió al sistema de seguridad social, suscribió la autorización de descuentos, hizo el curso de Económica Solidaria de Trabajo Asociado, el formato de uniformes lo suscribió entre el 2 de mayo de 2016 al 31 de octubre de 2017, le pagaron las compensaciones anuales, le entregaron las funciones a desarrollar dentro de Avianca, solicitó permisos por calamidades a los miembros de la CTA, las compensaciones semestrales y anuales, las pagaron, durante el tiempo de asociación no interpuso queja de la forma de vinculación, la liquidación de compensación la pagaron, el descanso si lo disfrutó, presentó la renuncia porque días previos al pasar a la empresa le dijeron que seguiría mientras cogía fuerza, por eso firmó la renuncia, no recuerda si Servicopava no le hizo descargos, tuvo una citación, un llamado de atención pero no sabe si fue la CTA o SAI, si hubo una suspensión de 2 días, no

[8] ***Interrogatorio Demandante, récord 1:33:06, archivo 34 y 37, récord 04:54: "****Firmé un convenio el 2 de mayo de 2016, Servicopava me afilió al sistema de seguridad social, firmé el acuerdo a la Cooperativa, no me acuerdo, pero de pronto si lo firmé, yo firmé la autorización de descuentos, hice el curso de económica solidaria de Trabajo asociado, el formato de uniformes lo suscribí, entre el 2 de mayo de 2016 al 31 de octubre de 2017 me pagaron las compensaciones anuales, el 2 de mayo de 2016 firmé el convenio, me entregaron las funciones a desarrollar dentro de Avianca, yo solicité permisos por calamidades a la CTA, las compensaciones semestrales, anuales, me pagaron, durante el tiempo de asociación no interpuse queja de la forma de vinculación, yo firmé autorización de aportes sociales, la liquidación de compensación se pagaron, esos fueron los aportes que vi en el correo, el descanso si lo disfrute, unas vacaciones hicimos una renuncia porque días previos a pasar a al empresa nos dijeron que seguiría mientras que la empresa cogía fuerza por eso firmé, Servicopava ano me hicieron descargos, si tuve una citación, tuve un llamado de atención pero no sé si fue la CTA o SAI, si hubo una suspensión de 2 días, no recuerdo quién me hizo el disciplinario, eso fue la CTA o SAI, yo me comprometía a dar cumplimiento a manual de Avianca, prestaciones sociales por parte de SAI si me pagaron, en octubre de 2016 solicité un día de descanso por al jornada electoral, si yo tenia incapacidades se le informaba a recursos humanos, al momento de la liquidación de compensaciones suscribí un paz y salvo, me la enviaron al correo, no recuerdo si firmé, no leí el documento, con SAI me dijeron que era con esa nueva empresa porque era durante 2 años porque luego seria mejor, me dijeron que seria con SAI, al pasar ahí me dijeron que seria por 2 años y que después seria igual, no recibí amenaza, si no firmaba me quedaba sin la firma, el servicio de alimentación lo daba Avianca, los salarios completos si los recibí, en el contrato firmé de que iba a trabajar 5 días y había uno de descanso, condicionara 6 días y descansar uno, trabajábamos los domingos, dice domingos compensatorios y no sé si los pagan bien, trabajamos 6 x1, ahora dicen SAI, SAI trabaja para Volares, Iberia y otras que no recuerdo, eso se prestaba desde hace rato las cesantías, si las pagaron, prima de servicios".*

recordó quién le hizo el disciplinario, eso fue la CTA o SAI, se comprometió a dar cumplimiento al manual de Avianca, las prestaciones sociales por parte de SAI si las pagaron, en octubre de 2016 solicitó un día de descanso por la jornada electoral, si tenía incapacidades debía informar al área de recursos humanos, al momento de la liquidación de compensaciones suscribió un paz y salvo, con SAI le dijeron que era una nueva empresa durante 2 años, no recibió amenaza para presentar la renuncia, el servicio de alimentación lo daba Avianca, los salarios completos si los recibió, en el contrato firmó que iba a trabajar 5 días y había uno de descanso, SAI trabaja para Volares, Iberia y otras aerolíneas, las cesantías, si se las pagaron y las prima de servicios".

En el expediente se recaudaron igualmente los testimonios de **JAIRO PUENTES PUENTES[9], JORGE PIRABÁN[10]** y **ANDRÉS RIAÑO[11].**

---

[9] ***JAIRO PUENTES PUENTES, récord 51:50, archivo 37:*** *"Soy técnico en mantenimiento, yo trabajé hace un año en Avianca, estaba como rotación en el área de rampa, estaba con Servicopava del 2007 al 2018, con SAI hasta el 2021, en Avianca trabajamos todo el tiempo desde el 2007, yo tengo demanda, ya hubo sentencia, no me acuerdo si hubo apelación, yo conocí a Daimer porque trabajábamos en la misma área, nos manejaban los lideres estaba Juan Gabriel, había una cantidad, estaban los de Servicopava que trabajábamos ahí, otros llegaron y eran de Servicopava y SAI, si me dieron servicio de alimentación, el uniforme era chaleco, overol azul eso era en Servicopava, en el 2007 nos daban eso de una bodega que era de Servicopava, los trabajadores de Avianca utilizaban lo mismo en la empresa, el chaleco era de Servicopava, daban gorra, guantes, pero lo utilizaba personal de Avianca, éramos todos para el frio, tenía logo de Avianca, no tenía logo de Servicopava,. El carné en algún tiempo era de Avianca y decía Servicopava, estaba el de Opain, en la parte de adelante era Servicopava y atrás Avianca, se mostraba el lado azul y visible de Avianca, el carné era para todos, para el transporte había una diferencia eran coordinadores por aparte y los de SAI, las rutas de Servicopava decía solo el número, todos estábamos mezclados, la alimentación era por medio de turnos y entrabamos todos, hace 27 años era con acceso, los casinos eran de Avianca no más, todos estábamos relacionados, uno tenía derecho a su alimentación, uno marcaba en el casino, siempre se daba cursos y capacitaciones de rimeros auxilios, eran cuestiones de tierra y actividades peligrosas, eran cursos de 12 días, era en al 26 con 68, el procedimientos para la expedición de los tiquetes era para familiares también, se subía toda la información al sistema, el paso de Servicopava a SAI fue porque en noviembre de 2017 nos dijeron que nos pasarían allá, firmé la renuncia, ese día entregaron todo con los logos de SAI, no había nada de AVIANCA, el beneficio lo daba SAI eso fue en el casino del Dorado, no sé si lo administraba Avianca, eran las mismas circunstancias, antes era Servicopava y luego SAI, se continuaron recibiendo tiquetes pero limitados, igual se seguían dando, era un cambio pequeño, cambió todo en el ámbito laboral pero seguíamos con las mismas funciones, unos estaban con SAI y otros con Avianca, él iba al casino, recibía el beneficio, yo no siempre compartía los mismos turnos, nos encontrábamos fines de semanas o algunos días, cambiamos días, lo de las funciones es general, yo creo que hacia las mismas, manteníamos los chalecos, eso lo sé por el uniforme no porque supiera si eran de Avianca, por eso creo que éramos todos del mismo lado, el carné no lo veía, las empresas de seguridad calentaban también, Avianca luego del 2017 cambiaron uniformes y todo, pasó a ser todo de SAI como los tractores, tenían logo de SAI, No sé si le hicieron disciplinarios, como en SAI venían otras personas se hizo un cambio, antes era Servicopava, no sé si firmó contrato con SAI, no sé si el personal de SAI daba órdenes, eso era para todos".*

[10] ***JORGE PIRABÁN, récord 38:00, archivo 37****: "Soy coordinador de nómina de SAI, hace 7 años y medio, siempre he estado en nómina, sé que DAIMER es trabajador desde el 1º de noviembre de 2017 como agente de operaciones terrestres, a él s ele paga todo conforme al salario, recargos y horas extras, a él s ele suministra el servicios de casino, hay trabajadores de otras empresas, tenemos un área que acomoda los turnos de los trabajadores, sobre el acuerdo de formalización no sé, solo recibo las órdenes de nómina, a él s ele ha pasado todo completo y oportuno, él recibía le salario y se le pagaban todo, en la formalización s ele mantuvieron las expectativas que recibía, él era Agente de Operaciones, los salarios ya están por cargos, dentro del contrato viene un beneficio de alimentación, no conozco modificación del servicio, venían supervisores y coordinadores dentro le grupo, era un beneficio que da el cliente, teníamos un beneficio hace mucho tiempo con otra aerolínea, se tenía otros trabajadores de asistencia en tierra, siempre la empresa ha efectuado esa función desde que existe".*

El primero, afirmó trabajar como técnico en mantenimiento hace un año en Avianca, estaba en rotación en el área de rampa y con Servicopava del 2007 al 2018, luego, pasó a SAI hasta el 2021, en Avianca trabajaba todo el tiempo desde el 2007, conoció a Daimer porque trabajaron en la misma área, los manejaban los líderes de la CTA, estaba Juan Gabriel, había una cantidad, estaban los de Servicopava, otros llegaron y eran de Servicopava y SAI, le dieron servicio de alimentación, el uniforme era chaleco y overol azul, eso era en Servicopava, en el 2007 les dieron una bodega que era de Servicopava, los trabajadores de Avianca utilizaban lo mismo en la empresa, el chaleco era de Servicopava, daban gorra, guantes, pero lo utilizaba personal de Avianca, tenía logo de Avianca, no tenía logo de Servicopava. El carné en algún tiempo era de Avianca y decía Servicopava, estaba el de Opain, en la parte de adelante era Servicopava y atrás Avianca, se mostraba el lado azul y visible de Avianca, el carné era para todos, para el transporte había una diferencia eran coordinadores por aparte y los de SAI, las rutas de Servicopava decía solo el número, todos estaban mezclados, la alimentación era por medio de turnos y entraban todos, hace 27 años era con acceso, los casinos eran de Avianca, tenía derecho a la alimentación, marcaba en el casino, siempre daban cursos y capacitaciones de primeros auxilios, eran cuestiones de tierra y actividades peligrosas, eran cursos

---

[11] ***ANDRÉS RIAÑO, récord 1:41:12, archivo 37:*** *"Soy la persona encargado de operaciones en tierra, soy el encargado en a la empresa, ingresé el 1º de noviembre de 2017 con SAI, manejamos grandes clientes entre esos SAI, en SAI tenemos un área de planeación de los turnos y cursos y sale en la plataforma de la empresa y se lidera a través de Coordinadora a través de diferentes áreas, los permisos se hacen con los coordinadores, yo estuve en Servicopava, fui empleador, estaba como líder de operaciones, yo tenía contrato con Servicopava, yo recibía órdenes de los líderes y el jefe de ese entonces, los turnos se programaban en unas carteleras, las órdenes son de SAI de las aerolíneas no, solo las jefaturas y coordinadores de SAI, en SAI hay 19 clientes o aerolíneas como Siberia, Spirit, American, Group, cuando estábamos en Servicopava atendíamos otros clientes que incluso en SAI se atiende por ejemplo SIBERIA, hoy se atiende., en Servicopava era gerente de operaciones, el roll era un servicio que se prestaba, se encarga cualquier aerolínea, eran servicios en tierra, se debe hacer el alistamiento en tierra, hay unos tiempos, con la aerolínea tenemos un itinerario que pasan los clientes, hay acuerdos de servicios y con esa información se ejecuta y proyecta la función para mirar la capacidad y en el día a día hay coordinadores para verificar que se haga el servicio bien, desconozco las herramientas, creo que todo es de SAI pero no se legalmente, tenemos un equipo con logo de Avianca que dice operador por SAI, los trabajadores de asistencia no recuerdo si tenían logo, decía era Avianca Holding, los carnés decía grupo Holding, el único casino lo utilizan todos del Aeropuerto, habían distintos proveedores en SAI, las aerolíneas fueron atendidas por SAI, tenemos un centro de entrenamiento propio porque eso lo exige la capacitación, el cliente exige que se de las capacitaciones pero tenemos regulado eso, no sé para qué aerolíneas esta certificado, asumo que sí, que todos tenemos el beneficio de clientes, los clientes ofrecen este beneficios como Spirit y Turquí, desconozco el número de tiquetes del actor no sé en cuales está certificado, en las labores no tenían autorización, los manuales los manejaba el área de calidad, no sé si el actor tenía los mismos, estaban inscritos en la aeronáutica civil, yo soy operativo, esos tenas legales son los manejé, la persona que hacia los carné no sé con quien trabajaba, solo radicábamos la información pero no sé para quién trabajaban, mi carné lo solicitaba Avianca en OPAIN pero desconozco el proceso interno, nosotros hacíamos verificación de procesos para que se hicieran de forma segura, hoy día es igual porque las aerolíneas monitorean, SAI tiene manuales que toca cumplir, cuando estuve en Avianca mi equipo de trabajo no tenía esos cargos, ahora con SAI están todos los cargos operativos en SAI, la relación con Servicopava era de seguridad, mis jefes eran líderes de Servicopava, habían coordinadores que estaban en la parte jurídica, nosotros nos comunicábamos con ellos dos, los coordinadores de Servicopava, la CTA era la que daba órdenes, los chivos me pedían permiso cuando era líder y yo mismo lo aprobaba, ellos me pasaban los permisos, habían 2 personas en el aeropuerto, siempre se remite el paso, se verificaba el cumplimiento del contrato de Servicopava, cada aerolínea, de hecho todas tienes sus propios líderes o coordinadores, en octubre de 2017 yo estaba en Avianca,".*

de 12 días, era en la 26 con 68, el procedimiento para la expedición de los tiquetes era para familiares también, se subía toda la información al sistema, el paso de Servicopava a SAI fue porque en noviembre de 2017 les dijeron que los pasarían allá, firmó la renuncia, ese día entregaron todo con los logos de SAI, no había nada de AVIANCA, el beneficio lo daba SAI, eso fue en el casino del Dorado, no sabe si lo administraba Avianca, eran las mismas circunstancias, solo que, antes era Servicopava y luego SAI, se continuaron recibiendo tiquetes pero limitados, cambió todo en el ámbito laboral pero siguieron con las mismas funciones, unos estaban con SAI y otros con Avianca, él iba al casino, recibía el beneficio, yo no siempre compartía los mismos turnos con Daimer, se encontraban fines de semanas o algunos días, cambiaban días, lo de las funciones es general, cree que el actor hacia las mismas funciones, mantenían los mismos chalecos, lo sabe por el uniforme no porque supiera si eran de Avianca, por eso cree que eran todos del mismo lado, el carné no lo veía, las empresas de seguridad calentaban también en el casino, Avianca luego del 2017 cambió uniformes y todo, pasó a ser todo de SAI como los tractores, tenían logo de SAI, no sabe si le hicieron disciplinarios, no sabe si firmó contrato con SAI, no sabe si el personal de SAI daba órdenes, eso era para todos.

Por su parte, **JORGE PIRABÁN**, expuso, es coordinador de nómina de SAI hace 7 años y medio, siempre ha estado en nómina, sabe que DAIMER es trabajador desde el 1º de noviembre de 2017 como agente de operaciones terrestres, que se le paga todo conforme al salario, recargos y horas extras, se le suministra el servicio de casino, aun cuando hay trabajadores de otras empresas, tienen un área encargada de programar los turnos de los trabajadores, con el acuerdo de formalización se le mantuvieron las expectativas que recibía, el demandante es Agente de Operaciones, los salarios están por cargos, dentro del contrato viene un beneficio de alimentación, no conoce la modificación del servicio, iban supervisores y coordinadores dentro del grupo, era un beneficio que daba el cliente, tenian un beneficio hace mucho tiempo con otra aerolínea, se tenía otros trabajadores de asistencia en tierra, siempre la empresa ha efectuado esa función desde que existe.

ANDRÉS RIAÑO, manifestó, es la persona encargado de operaciones en tierra, ingresó el 1º de noviembre de 2017 con SAI, manejan grandes clientes entre esos SAI, en SAI tienen un área de planeación de los turnos y cursos y sale en la plataforma de la empresa y se lidera a través de coordinadores a través de diferentes áreas, los permisos se hacen con los coordinadores, estuvo en Servicopava, estaba como líder de operaciones, tenía contrato con Servicopava,

recibía órdenes de los líderes y el jefe de ese entonces de la CTA, los turnos se programaban en unas carteleras, las órdenes son de SAI, de las aerolíneas no, solo las jefaturas y coordinadores de SAI o CTA, en SAI hay 19 clientes o aerolíneas como Iberia, Spirit, American, Group, cuando estaban en Servicopava atendían otros clientes que incluso SAI atiende hoy día, por ejemplo Iberia, en Servicopava era gerente de operaciones, el roll era un servicio que se prestaba, se encarga cualquier aerolínea, eran servicios en tierra, se debe hacer el alistamiento en tierra, hay unos tiempos, con la aerolínea tienen un itinerario que pasan los clientes, hay acuerdos de servicios y con esa información se ejecuta y proyecta la función para mirar la capacidad y en el día a día hay coordinadores para verificar que se haga el servicio bien, desconoce las herramientas, cree que todo es de SAI pero no sabe legalmente, tiene un equipo con logo de Avianca que dice operado por SAI, los trabajadores de asistencia no recuerda si tenían logo, decía Avianca Holding, los carnés decían grupo Holding, el único casino lo utilizan todos los del Aeropuerto, habían distintos proveedores en SAI, las aerolíneas fueron atendidas por SAI, tienen un centro de entrenamiento propio porque eso lo exige la capacitación, el cliente exige que se de las capacitaciones, no sabe para qué aerolíneas esta certificado el demandante, los clientes ofrecen beneficios de tiquetes como Spirit y Turquí, desconoce el número de tiquetes del actor, no sabe en cuáles está certificado, los manuales los manejaba el área de calidad, no sabe si el actor tenía los mismos, estaban inscritos en la aeronáutica civil, es operativo, los temas legales no los manejó, la persona que hacia los carné no sabe con quién trabajaba, solo radicaban la información, el carné lo solicitaba Avianca en OPAIN pero desconoce el proceso interno, hacían verificación de procesos para que se hicieran de forma segura, hoy día es igual porque las aerolíneas monitorean, SAI tiene manuales que toca cumplir, cuando estuvo en Avianca el equipo de trabajo no tenía esos cargos, ahora con SAI están todos los cargos operativos en SAI, la relación con Servicopava era de seguridad, los jefes eran líderes de Servicopava, habían coordinadores que estaban en la parte jurídica, los coordinadores eran de Servicopava, la CTA era la que daba órdenes, los compañeros le pedían permiso cuando era líder y él mismo los aprobaba, ellos le pasaban los permisos, habían 2 personas en el aeropuerto, se verificaba el cumplimiento del contrato de Servicopava, cada aerolínea lo hace, de hecho todas tienes sus propios líderes o coordinadores, en octubre de 2017 estaba en Avianca.

En este punto, debe precisar la Sala, los testimonios vertidos por los señores ANDRÉS RIAÑO y JORGE PIRABÁN, goza de credibilidad por cuanto sus

versiones fueron espontáneas y claras, además de constarles directamente los hechos expuestos; no así el testimonio de JAIRO PUENTES PUENTES, pues en realidad su declaración estuvo más encaminadas a relatar su situación personal y no le consta directamente quién impartía órdenes al demandante, pues lo relatado no pasa de ser una mera percepción personal a raíz de los documentos con que se identificaba el personal, no debiendo olvidar, que esa sola circunstancia no da a entender *per se,* que las personas que impartían las instrucciones, por tener un carné con el distintivo de AVIANCA, estaban vinculados a esta. En todo caso, lo cierto es que desconoce la situación particular de la vinculación del actor, pues habló de manera general y luego admitió que no siempre compartía turnos con el demandante.

Ahora bien, al expediente se incorporó prueba documental, de las que se destacan las siguientes:

Archivo 01

- Contrato de Trabajo Asociado suscrito entre -SERVICOPAVA y el demandante el 2 de mayo de 2016, páginas 68 y 69.
- Carta de presentación de Servicopava de fecha 2 de mayo de 2016, por medio de la cual informa a Talento Humano que el actor ingresa a prestar servicios como Auxiliar de Operaciones Terrestres. Pág. 70.
- Comunicación cumplimiento de estándares de calidad de SERVICOPAVA de fecha 2 de mayo de 2016, dirigida al actor. Pág. 71.
- Comunicación de SERVICOPAVA dirigida al actor, por medio de la cual informa que realizaría funciones en la división HOB en Bogotá, aprobándose el concepto de transporte como auxilio extraordinario adicional, pág. 72.
- Acuerdo Complementario al convenio de asociación celebrado entre Servicopava y el demandante, suscrito el 2 de mayo de 2016, por medio del cual se pacta un auxilio extraordinario de cooperativismo. Págs. 73 y 74.
- Contrato de trabajo a término fijo suscrito con SERVICIOS AEROPUERTUARIOS INTEGRADOS S.A.S. y el actor, págs. 75 a 79.
- Fotocopia del carné de SAI, págs. 80 y 81.
- Comunicación remitida por Avianca al actor el 26 de diciembre de 2016, exponiendo el plan de contingencia BHS, soporte beneficios BHS, cotización boleto Al Viajar. Págs. 81 a 85.

Archivo 02

- Acuerdo de Formalización Laboral suscrito entre AVIANCA y Ministerio del Trabajo en fecha 26 de diciembre de 2012 y 31 de octubre de 2017. Págs. 1 a 277.

Archivo 03

- Expediente administrativo Ministerio de Trabajo, querella administrativa laboral. Páginas 1 a 107.

Archivo 04.

- Mapa de macroprocesos de Avianca, administración y control MSAYOT, manual administrativo de aeropuertos, descripción de cargos Auxiliar de Operaciones Terrestres, Páginas 1 a 12.
- Programación Excel de turnos, Páginas 12 a 17.
- Gestión de Tránsito de AVIANCA, páginas 25 a 317.

Archivo 19.

- Oferta Mercantil para la oferta de servicios SERVICOPAVA de fecha 05 de febrero de 2009, dirigida a AVIANCA. Páginas 112 a 124.
- Otrosí surgido por la aceptación de Avianca de la oferta mercantil, suscrito entre AVIANCA y SERVICOPAVA y contrato de comodato Págs. 125 a 423.
- Certificado SERVICOPAVA retirado, pág. 424 y 425.
- Estatutos Cooperativa páginas 426 a 487.
- Acuerdo Cooperativismo y acuerdo complementario, páginas 488 a 490.
- Solicitud de afiliación a la cooperativa de fecha 02 de mayo de 2016, páginas 492.
- Carta de aceptación como asociado a la Cooperativa de fecha 02 de mayo de 2016, pagina 493.
- Autorización descuento aportes voluntarios 2 de mayo de 2016. Pág. 494.
- Acta asistencia curso básico de 20 horas con énfasis en economía solidaria con énfasis en trabajo asociado. Página 495.
- Formato documentos de ingreso, pagina 496.
- Liquidación definitiva de compensaciones por terminación del convenio de trabajo de asociación. Pág. 497.
- Ficha técnica trabajador asociado, pág. 498 y 499.
- Renuncia suscrita por el actor de fecha 31 de octubre de 2017, pág. 500.
- Aceptación renuncia del 3 de noviembre de 2017, página 501.
- Inscripción trabajador CAFAM, SER, AXA COLPATRIA, PROTECCIÓN.

- Entrega beneficio extra ordinario de transporte, suma son constitutivas de salario, pág. 507 a 509.
- Formato solicitud días de descanso, formato de solicitud de permiso página 510 a 512.
- Constancia de capacitación SERVICOPAVA, pagina 514.
- Certificación agente de operaciones terrestres de fecha 10 de noviembre de 2017. Página 516.
- Entrega documentos de retiro, pagina 517.
- Examen medico de ingreso, página 518.
- Planillas pago de aportes, páginas 519 a 526.
- Reporte histórico pagos, páginas 529 a 530.

Archivo 22

- Contrato de comodato precario celebrado entre SERVICOPAVA y AVIANCA S.A., páginas 105 a 423.

Del acervo probatorio vertido en autos, puede extraerse, que el demandante prestó servicios como auxiliar de operaciones terrestre y posteriormente como agente de operaciones terrestres, por el acuerdo cooperativo de trabajo asociado, suscrito entre el demandante y SERVICOPAVA, el 2 de mayo de 2016, ejecutando funciones de cargue y descargue de equipaje de los vuelos de Avianca, en virtud del contrato surgido de la aceptación de Avianca de la oferta mercantil emitida por Servicopava de la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos.

Conforme lo anterior, a juicio de esta Sala de decisión, aunque la prestación del servicio del actor fue en favor de AVIANCA S.A., lo cual da lugar a la aplicación de la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que lo que deviene del material probatorio es que ello fue en virtud, de una parte, del convenio de asociación suscrito por el demandante en calidad de trabajador asociado con la cooperativa SERVICOPAVA (archivo 01, páginas 68 a 74), y de otra, a la oferta mercantil que esta última celebró con AVIANCA (archivo 19, páginas 112 a 124), atendiendo las pruebas recaudadas, la labor ejecutada por el señor DAIMER VILLARUEL se soportó en las herramientas dispuestas por la CTA, las cuales adquirió ésta cooperativa en virtud de un contrato de comodato celebrado con AVIANCA (*comodato precario celebrado entre SERVICOPAVA y AVIANCA S.A., páginas 105 a 423*), el cual tenia por objeto:

PRIMERA: OBJETO: Por medio del presente contrato EL COMODANTE entrega a EL COMODATARIO y este recibe a título de comodato precario o préstamo de uso, los bienes muebles debidamente identificados en el inventario adjunto (Anexo No. 1) y que hace parte integrante de este contrato, los cuales EL COMODATARIO declara haber recibido en buen estado, excepto aquellos sobre los que se haga alguna salvedad en escrito firmado por las partes.

Además, estas funciones se ejecutaron bajo las directrices de la misma Cooperativa por medio de sus líderes de servicio, que según los testigos ANDRÉS RIAÑO y JORGE PIRABÁN estaban vinculados con la CTA, siendo las labores realizadas por el demandante las relacionadas con el objeto social de SERVICOPAVA en el que, entre otros, se encuentra: *"…**servicios aeroportuarios, operaciones servicio a pasajeros, equipaje, carga, correo (…) y/o carga en rampa…"***. (páginas 49 a 54, archivo 19).**

Puntualmente, el certificado de existencia y representación legal de SERVICOPAVA señala como objeto el de "*asociar a personas naturales que simultáneamente son gestoras, que contribuyen económicamente a la cooperativa y sin aportantes directos de su capacidad de trabajo, para sus asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno*" , bajo las siguientes actividades socioeconómicas "(…) *servicios de operación y manejo de procesos administrativos, operativos y de soporte, dentro de los cuales tenemos los siguientes: servicios aeroportuarios; operaciones de servicios a pasajeros, equipajes carga, correo y mensajería especializada, atención y-o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y-o de carga en rampa (…) PARÁGRAFO: de los medios de producción y/o de labor de la cooperativa. Para el cumplimiento del objeto social la cooperativa deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología (…)"* (archivo ibidem).

Adicionalmente, en la oferta mercantil del 05 de febrero de 2009 y los diferentes otrosíes suscritos, para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos se estableció como objeto: *"(…) EL OFERENTE ofrece vender al DESTINATARIO DE LA OFERTA, los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos (…)"* (archivo 019, pág. 67 a 101). De tal forma, resulta oportuno determinar en favor de quién prestó sus servicios el demandante y si fue en condiciones de subordinación, quedando plenamente acreditado que la CTA fue quien realizó el proceso de vinculación del demandante, incluso, desde la convocatoria, presentando el actor solicitud de vinculación como cooperado, la cual una vez aceptada derivó en la suscripción del referido acuerdo cooperativo de trabajo asociado, se

acreditó que el demandante efectuó aportes sociales y retiró los mismos al momento de su desvinculación, además, se benefició de las prerrogativas que ofrece la cooperativa a sus trabajadores asociados como, por ejemplo, los permisos, asistencia al curso del Economía Solidaria con Énfasis en Trabajo Asociado, concluyéndose así que el promotor del litigio tenia pleno conocimiento de que su vínculo era con la CTA en calidad de cooperado.

Valga anotar, además, no se advierte de ningún medio de prueba que el poder subordinante fuera ejercido por AVIANCA, contrario a ello, se verifica que el mismo fue desplegado por la Cooperativa de Trabajo Asociado demandada, situación que no era desconocida por el promotor del litigio pues era ante esta que tramitaba sus permisos y los descansos por la participación en jornadas electorales.

Aunado a lo anterior, en punto al recurso de apelación formulado por el actor, debe advertirse, el testigo ANDRES RIAÑO exclamó de manera textual que los turnos se lideran a través de coordinadores y líderes, los cuales pertenecían a SERVICOPAVA y/o SAI, no pudiéndose interpretar que este testigo haya admitido que son trabajadores de AVIANCA, pues fue enfático en ilustrar sobre el proceso de la CTA y si todas las aerolíneas tienen asignados lideres o coordinadores para verificar el cumplimiento del contrato comercial suscrito, a saber, informó que diferentes aerolíneas manejan dicho procedimiento, recálquese, este deponente fue claro en exponer que las órdenes eran de SERVICOPAVA, y no como lo interpreta el extremo activo en esta alzada. Además, nótese, este testigo informó, tanto SERVICOPAVA como SAI prestaban servicios de tierra para otras aerolíneas.

Igualmente, no quedó acreditado en esta litis que el actor tuviera que pedir permiso a trabajadores de AVIANCA, pues el señor ANDRÉS RIAÑO aseveró que, al fungir como Coordinador, los compañeros asociados, entre esos el actor, le pedían permiso a él, dada la calidad de trabajador asociado de la CTA enjuiciada. Entonces, ningún otro medio probatorio se dirige a demostrar lo contrario.

Ahora bien, en punto al recurso, si bien teniendo en cuenta el objeto social de Avianca respecto de la labor ejecutada por el demandante, podría verse que aparentemente las encartadas pudieron incurrir en las prohibiciones del artículo 7º de la Ley 1233 de 2008 y del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, lo cierto es que en el caso de marras no hay lugar a dar aplicación a las consecuencias

derivadas de las prohibiciones en comento, pues ante la evidente ausencia de subordinación, no es dable la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo con Avianca. Además, está demostrado que en la realidad el actor fue trabajador cooperado de la CTA y como quiera que las pretensiones del caso de marras se dirigieron al reconocimiento de derechos que solo son exigibles en virtud de la existencia del contrato de trabajo, tales como reconocimientos económicos extralegales, indudablemente se tiene que absolver a la CTA SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.

De conformidad con lo dicho, si bien hubo una oferta mercantil y el contrato de comodato (*archivo 19, páginas 112 a 124, archivo 22, páginas 105 a 423*), ya señalado en autos, lo que en principio pudiera tomarse como indicio en favor de los anhelos del demandante, lo cierto es que del material probatorio allegado, tal como se expuso, ese indicio no resulta suficientemente soportado con los demás medios de prueba en aplicación a lo previsto en el articulo 243 del C.G.P., se repite, para que salgan avantes las pretensiones que ocupa a la Sala.

En lo que respecta a la enjuiciada Servicios Aeroportuarios Integrados -SAI- a partir del día 1º de noviembre de 2017, encuentra esta Corporación que la vinculación laboral con el demandante, se encuentra regida por un verdadero contrato de trabajo a término fijo y, por ende, no se dio un hecho de tercerización, coincidiendo con ello en lo expuesto por la *a quo.* Lo anterior, por cuanto si bien el actor considera que la vinculación con Servicopava CTA y SAI S.A.S. fue una sola y en idénticas condiciones, conforme al caudal probatorio arrimado y anteriormente descrito, se desprende que la sociedad SAI S.A.S. ha actuado como verdadero empleador, tan es así que SAI **se dedica a prestar los servicios de asistencia en tierra a diferentes aerolíneas del país y no solo a la enjuiciada Avianca**, a saber, DELTA, IBERIA, JETBLUE y SPIRIT, aunado al hecho de tener los elementos o bienes propios para la prestación del servicio de asistencia en tierra; actividad para la cual se contrató al señor Villarruel, denotándose un vínculo laboral. Además, se demostró en el proceso que la vinculación del demandante a través de contrato de trabajo con SAI, se da efectivamente como consecuencia de la formalización laboral acordada con el Ministerio de Trabajo, por ser esta empresa un contratista independiente y como se dijo, de asistencia en tierra a diferentes aerolíneas, además, de pertenecer al mismo grupo o Holding de Avianca S.A.

Lo anterior, se soporta con la copia del contrato de trabajo a término fijo, desprendibles de nómina, constancia de pago o consignación de cesantías,

solicitud y pago de vacaciones, relación del servicio de casino utilizado por el demandante y comprobante de entrega de dotación, por lo que, la vinculación del demandante con SAI S.A.S. se dio como un verdadero contrato de trabajo en donde la beneficiaria de las labores es Avianca. Es decir, SAI S.A.S. es un contratista independiente en los términos del art 34 del C.S.T. y en el presente caso no puede entenderse que sea la aerolínea el empleador del señor DAIMER VILLARUEL. (archivo 17, páginas 99 a 522).

En síntesis, la vinculación del señor DAIMER VILLARRUEL CARDENAS con SAI a partir del 1º de noviembre de 2017 es de carácter laboral, sin que sea dable interpretar que esta sociedad tercerizó el servicio como lo anhela la parte actora.

Valga aclarar, al desvirtuarse la existencia de un verdadero contrato de trabajo con Avianca a través de Servicopava y Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S., queda sin piso la anhelada continuidad, máxime si se tiene en cuenta que el demandante voluntariamente firmó la carta de renuncia presentada ante SERVICOPAVA el 31 de octubre de 2017 y luego suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la enjuiciada SERVICIOS AEROPORTUARIOS SAI S.A.S., no siendo plausible que, ahora, como argumento principal arguya que fue inducido en error y que las codemandadas actuaron con dolo y fuerza al obligarlo a firmar la renuncia bajo la “promesa” de ser nuevamente contratado en SAI, perdiendo su antigüedad en la CTA. Así las cosas, es claro que no se demostró una afectación a la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita en la renuncia presentada por el señor DAIMER VILLARUEL.

Aunado a lo que antecede, adviértase, para el mes de octubre de 2017 AVIANCA S.A. atravesaba una coyuntura con relación a las posibles sanciones del Ministerio de Trabajo, teniendo como fórmula de arreglo, por parte de la sociedad controlante Avianca Holding, vincular a SAI SAS, para que a través de dicha sociedad se formalizara y vinculara laboralmente con contrato de trabajo al personal que se encontraba en Servicopava, esto, en cumplimiento de un acuerdo de formalización, por lo que, no se evidencia un vicio del consentimiento, por el contrario, se considera que dicha elección la hizo el demandante de manera voluntaria, pues bien hubiera podido negarse a firmar la renuncia y aspirar a la pretendida indemnización, es más, en el mismo interrogatorio de parte, el actor confesó que no fue presionado.

Puntualmente, entre las empresas **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., SERVICIOS AEROPORTUARIOS**

INTEGRADOS SAI S.A.S. Y LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL ATLÁNTICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO se celebró un acuerdo de formalización el 31 de octubre de 2017, al siguiente tenor:

> *"(…) 4. Mediante escrito de fecha 21 de abril de dos mil diecisiete (2017) el doctor **HERNAN RINCÓN**, en calidad de Representante Legal de la sociedad **AVIANCA HOLDINGS S.A.** formalizó al Despacho del Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección su voluntad de celebrar un Acuerdo de Formalización Laboral, expresando su intención de formalizar laboralmente a los trabajadores asociados asignados por la Cooperativa de Trabajo Asociado **SERVICOPAVA** para ejecutar las ofertas mercantiles vigente, a través de empresas pertenecientes al Holding.*
>
> *5. Teniendo en cuenta que la empresa **AVIANCA S.A.,** va a terminar las ofertas mercantiles vigente con la Cooperativa de Trabajo Asociado **SERVICOPAVA**, mediante comunicado con número de radicado 11EE2017300000000052122 de fecha 11 de octubre de 2017, la Directora de Relaciones Laborales de **AVIANCA HOLDINGS S.A.,** informó a este Ministerio que de Producirse el acuerdo de formalización laboral, **AVIANCA S.A.** asumirá ante el Ministerio de Trabajo el compromiso para que el proceso de Atención a Pasajeros de Avianca y Ventas en Aeropuerto contratados con **SERVICOPAVA** sean ejecutados por **AVIANCA S.A.** y el proceso de Operaciones Terrestres y Atención a Pasajeros de Terceros por una compañía denominada **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.** la cual pertenece **AVIANCA HOLDINGS S.A.,** matriz de igual forma de **AVIANCA S.A.** De igual forma, anexo listado de los trabajadores y su distribución en ambas empresas.*
> *(…)*
> *10. En consecuencia, con la suscripción del presente Acuerdo de Formalización AVIANCA S.A. y SAI S.A.S. entregan al Ministerio del Trabajo la lista de trabajadores asociados de SERVICOPAVA, asignados a la ejecución de procesos de Avianca S.A., que harán parte de la contratación laboral que se llevará a cabo en virtud del presente acuerdo individualizando a las personas que harán parte de la formalización."*

De conformidad con lo anterior, en el acuerdo se señalaron cuáles eran los trabajadores asociados de SERVICOPAVA asignados a la ejecución del proceso de Operaciones Terrestres y Atención a Pasajeros de Terceros que serían contratados por SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., dentro de los cuales se encontraba el aquí demandante en la casilla No. 2086 de la página 237.

Por todo lo expuesto, queda sin asidero jurídico la declaratoria de existencia de una sola relación laboral con Avianca.

En concordancia con ello, el reconocimiento y pago de los beneficios son improcedentes en la medida que la vinculación del demandante con SAI es totalmente independiente y autónoma, de tal forma, no siendo aplicables el Plan de Beneficios que maneja AVIANCA para sus trabajadores, pues se insiste, la enjuiciada SAI es la verdadera empleadora del señor DAIMER VILLARUEL y por ende, solo es dable reclamar los beneficios vigente en esta sociedad, quedando

sin asidero jurídico pretender el pago de bonificación especial, prima de vacaciones, antigüedad, incentivo de productividad, auxilio de médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, días adicionales de vacaciones y tiquetes.

Frente al auxilio de alimentación**,** aduce el apelante que este concepto fue previsto en el contrato de trabajo suscrito desde el 1° de noviembre de 2017 en la suma igual a $100.000 y que no ha sido debidamente pagado sin que se pueda compensar de otra manera.

Al punto, se tiene que, en el contrato de trabajo, se acordó:

> *"CLÁUSULA CUARTA: "Las partes acuerdan, expresamente, que de conformidad con el artículo 128 del CST no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan al TRABAJADOR en dinero y/o en especie por concepto de beneficios o auxilio ocasionales o habituales acordados estatutaria, convencional o contractualmente y otorgados en forma extralegal por SAI, tales como: Alimentación, habitación, vestuario, hoteles, aguinaldos, pasajes, uniformes, sobresueldos, primas o bonificaciones extralegales o cualquier otro beneficio similar a los anteriormente enunciados. De la misma manera, no constituyen salario todos aquellos auxilios económicos que por circunstancias determinadas otorgue la Compañía a sus trabajadores.*
>
> *En particular y sin perjuicio de lo anterior, se conviene que, en virtud del presente contrato, se entienden como beneficios o auxilios no constitutivos de salario entregados a EL TRABAJADOR, los siguientes:*
>
> *a). AUXILIO DE ALIMENTACIÓN: por una suma mensual de CIEN MIL PESOS MCTE ($100.000) (…)"*

En consecuencia, debe precisar el despacho que el clausulado denomina este auxilio como beneficios, por tanto, a pesar de estar cuantificados en dinero, ello no quiere decir que deban ser pagados de esta manera. La demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS S.A.S. – SAI, acreditó que contrató con un proveedor externo denominado COMPASS GROUP el servicio de casino para sus trabajadores tanto de planta operativa como planta administrativa, es decir, al demandante le es suministrado el servicio de casino con una comida diaria; situación que aceptó el actor en el interrogatorio de parte, cumpliéndose la entrega del auxilio extralegal de alimentación, en un monto, incluso superior a la prevista en el mentado contrato de trabajo, arribándose entonces a la misma conclusión de la juez de primer grado.

Al epilogo, no sobra anotar que el material probatorio en este caso, difiere del que reposa y valoró la Sala en el ordinario radicado bajo el No. 11 001 31 05

014 2018 00349 01, que comprometió a las demandadas Avianca y Servicopava únicamente.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los puntos objeto de apelación, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la juez a quo, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

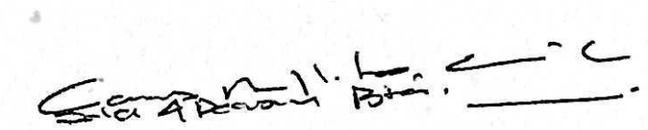
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

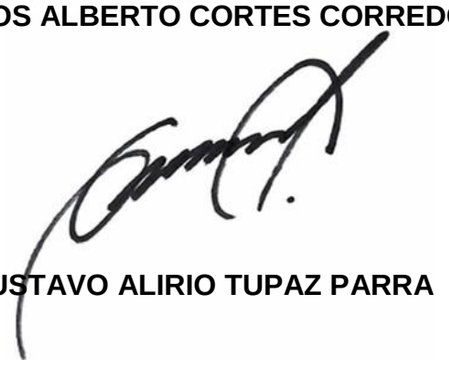
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. DIEGO ROBERTO MONTOYA
RADICADO: 11001310502820204350 1
DEMANDANTE : MARIA CARREÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2012, aplicando el 87% para obtener el valor de la primera mesada.*

Promedio Salarial Anual							
Año 2001							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/11/01	***30/11/01***	*3*	*286.000,00*	*9.533,33*	*$ 28.600,0*		
01/12/01	***31/12/01***	*30*	*286.000,00*	*9.533,33*	*$ 286.000,0*		
Total días		*33*			*$ 314.600,0*	*$ 9.533,33*	***$ 286.000,00***
Año 2002							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/02	***31/01/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/02/02	***28/02/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/03/02	***31/03/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/04/02	***30/04/02***	*28*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 288.400,0*		
01/05/02	***31/05/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/06/02	***30/06/02***	*30*	*440.000,00*	*14.666,67*	*$ 440.000,0*		
01/09/02	***30/09/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/10/02	***31/10/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
01/11/02	***30/11/02***	*28*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 288.400,0*		
01/12/02	***31/12/02***	*30*	*309.000,00*	*10.300,00*	*$ 309.000,0*		
Total días		*296*			*$ 3.179.800,0*	*$ 10.742,57*	***$ 322.277,03***
Año 2003							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/03	***31/01/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/02/03	***28/02/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/03/03	***31/03/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/04/03	***30/04/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/05/03	***31/05/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/06/03	***30/06/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/07/03	***31/07/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/08/03	***31/08/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/09/03	***30/09/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/10/03	***31/10/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
01/11/03	***30/11/03***	*30*	*440.000,00*	*14.666,67*	*$ 440.000,0*		
01/12/03	***31/12/03***	*30*	*332.000,00*	*11.066,67*	*$ 332.000,0*		
Total días		*360*			*$ 4.092.000,0*	*$ 11.366,67*	***$ 341.000,00***
Año 2004							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/04	***31/01/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/02/04	***28/02/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/03/04	***31/03/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/04/04	***30/04/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/05/04	***31/05/04***	*30*	*460.000,00*	*15.333,33*	*$ 460.000,0*		
01/06/04	***30/06/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/07/04	***31/07/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/08/04	***31/08/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
01/09/04	***30/09/04***	*30*	*440.000,00*	*14.666,67*	*$ 440.000,0*		
01/10/04	***31/10/04***	*30*	*484.000,00*	*16.133,33*	*$ 484.000,0*		
01/11/04	***30/11/04***	*30*	*418.000,00*	*13.933,33*	*$ 418.000,0*		
01/12/04	***31/12/04***	*30*	*358.000,00*	*11.933,33*	*$ 358.000,0*		
Total días		*360*			*$ 4.666.000,0*	*$ 12.961,11*	***$ 388.833,33***
Año 2005							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/05	***31/01/05***	*30*	*381.500,00*	*12.716,67*	*$ 381.500,0*		
01/02/05	***28/02/05***	*30*	*396.000,00*	*13.200,00*	*$ 396.000,0*		
01/03/05	***31/03/05***	*30*	*382.000,00*	*12.733,33*	*$ 382.000,0*		

01/04/05	**30/04/05**	30	748.000,00	24.933,33	$ 748.000,0		
01/05/05	**31/05/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
01/06/05	**30/06/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
01/07/05	**31/07/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
01/08/05	**31/08/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
01/09/05	**30/09/05**	30	418.000,00	13.933,33	$ 418.000,0		
01/10/05	**31/10/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
01/11/05	**30/11/05**	30	836.000,00	27.866,67	$ 836.000,0		
01/12/05	**31/12/05**	30	382.000,00	12.733,33	$ 382.000,0		
Total días		360			$ 5.453.500,0	$ 15.148,61	**$ 454.458,33**
Año 2006							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/06	**31/01/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/02/06	**28/02/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/03/06	**31/03/06**	30	484.000,00	16.133,33	$ 484.000,0		
01/04/06	**30/04/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/05/06	**31/05/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/06/06	**30/06/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/07/06	**31/07/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/08/06	**31/08/06**	30	1.254.000,00	41.800,00	$ 1.254.000,0		
01/09/06	**30/09/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/10/06	**31/10/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
01/11/06	**30/11/06**	30	440.000,00	14.666,67	$ 440.000,0		
01/12/06	**31/12/06**	30	408.000,00	13.600,00	$ 408.000,0		
Total días		360			$ 5.850.000,0	$ 16.250,00	**$ 487.500,00**
Año 2007							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/07	**31/01/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/02/07	**28/02/07**	30	726.000,00	24.200,00	$ 726.000,0		
01/03/07	**31/03/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/04/07	**30/04/07**	30	648.000,00	21.600,00	$ 648.000,0		
01/05/07	**31/05/07**	30	540.000,00	18.000,00	$ 540.000,0		
01/06/07	**30/06/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/07/07	**31/07/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/08/07	**31/08/07**	30	486.000,00	16.200,00	$ 486.000,0		
01/09/07	**30/09/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/10/07	**31/10/07**	30	567.000,00	18.900,00	$ 567.000,0		
01/11/07	**30/11/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
01/12/07	**31/12/07**	30	434.000,00	14.466,67	$ 434.000,0		
Total días		360			$ 6.005.000,0	$ 16.680,56	**$ 500.416,67**
Año 2008							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/08	**31/01/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/02/08	**28/02/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/03/08	**31/03/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/04/08	**30/04/08**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/05/08	**31/05/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/06/08	**30/06/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/07/08	**31/07/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/08/08	**31/08/08**	30	1.345.000,00	44.833,33	$ 1.345.000,0		
01/09/08	**30/09/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/10/08	**31/10/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/11/08	**30/11/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
01/12/08	**31/12/08**	30	462.000,00	15.400,00	$ 462.000,0		
Total días		360			$ 6.480.000,0	$ 18.000,00	**$ 540.000,00**
Año 2009							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/09	**31/01/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/02/09	**28/02/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/03/09	**31/03/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/04/09	**30/04/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/05/09	**31/05/09**	30	630.000,00	21.000,00	$ 630.000,0		
01/06/09	**30/06/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/07/09	**31/07/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/08/09	**31/08/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/09/09	**30/09/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/10/09	**31/10/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		

01/11/09	**30/11/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
01/12/09	**31/12/09**	30	497.000,00	16.566,67	$ 497.000,0		
Total días		360			$ 6.097.000,0	$ 16.936,11	**$ 508.083,33**
Año 2010							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/10	**31/01/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/02/10	**28/02/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/03/10	**31/03/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/04/10	**30/04/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/05/10	**31/05/10**	30	715.000,00	23.833,33	$ 715.000,0		
01/06/10	**30/06/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/07/10	**31/07/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/08/10	**31/08/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/09/10	**30/09/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/10/10	**31/10/10**	30	572.000,00	19.066,67	$ 572.000,0		
01/11/10	**30/11/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
01/12/10	**31/12/10**	30	515.000,00	17.166,67	$ 515.000,0		
Total días		360			$ 6.437.000,0	$ 17.880,56	**$ 536.416,67**
Año 2011							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/11	**31/01/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/02/11	**28/02/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/03/11	**31/03/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/04/11	**30/04/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/05/11	**31/05/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/06/11	**30/06/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/07/11	**31/07/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/08/11	**31/08/11**	30	720.000,00	24.000,00	$ 720.000,0		
01/09/11	**30/09/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/10/11	**31/10/11**	30	540.000,00	18.000,00	$ 540.000,0		
01/11/11	**30/11/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
01/12/11	**31/12/11**	30	536.000,00	17.866,67	$ 536.000,0		
Total días		360			$ 6.620.000,0	$ 18.388,89	**$ 551.666,67**
Año 2012							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/12	**31/01/12**	30	567.000,00	18.900,00	$ 567.000,0		
01/02/12	**28/02/12**	1	19.000,00	633,33	$ 633,3		
Total días		31			$ 567.633,3	$ 18.310,75	**$ 549.322,58**

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
2001	33	43,270	76,19	1,761	$ 286.000,00	$ 503.590,02	$ 553.949,02
2002	296	46,580	76,19	1,636	$ 322.277,03	$ 527.142,26	$ 5.201.137,01
2003	360	49,830	76,19	1,529	$ 341.000,00	$ 521.388,52	$ 6.256.662,25
2004	360	53,070	76,19	1,436	$ 388.833,33	$ 558.228,97	$ 6.698.747,69
2005	360	55,990	76,19	1,361	$ 454.458,33	$ 618.417,22	$ 7.421.006,70
2006	360	58,700	76,19	1,298	$ 487.500,00	$ 632.753,41	$ 7.593.040,89
2007	360	61,330	76,19	1,242	$ 500.416,67	$ 621.665,51	$ 7.459.986,14
2008	360	64,820	76,19	1,175	$ 540.000,00	$ 634.720,77	$ 7.616.649,18
2009	360	69,800	76,19	1,092	$ 508.083,33	$ 554.596,98	$ 6.655.163,75
2010	360	71,200	76,19	1,070	$ 536.416,67	$ 574.011,04	$ 6.888.132,44
2011	360	73,450	76,19	1,037	$ 551.666,67	$ 572.246,20	$ 6.866.954,39
2012	31	76,190	76,19	1,000	$ 549.322,58	$ 549.322,58	$ 567.633,33
Total días	**3600**			**Total devengado actualizado a:**		**2012**	**$ 69.779.062,80**
Total semanas	**514,29**					**Ingreso Base Liquidación**	**$ 581.492,19**
Total Años	**10,00**					**Porcentaje aplicado**	**87%**
						Primera mesada	**$ 505.898,21**
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		**2012**	**$ 566.700,00**

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada 1SMMLV**	**N°. Mesadas**	**Subtotal**
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 566.700,00	0,00	$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 589.500,00	0,00	$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 616.000,00	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 644.350,00	0,00	$ 0,0

20/06/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.455,00*	*8,40*	*$ 5.791.422,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*14,00*	*$ 10.328.038,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*14,00*	*$ 10.937.388,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*14,00*	*$ 11.593.624,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*14,00*	*$ 12.289.242,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*14,00*	*$ 14.000.000,0*
01/01/23	***31/10/23***	*13,12%*	*$ 1.160.000,00*	*11,00*	*$ 12.760.000,0*
Total retroactivo				***$ 90.419.078,00***	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	*$ 90.419.078,0*
Total	***$ 90.419.078,0***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,*
Observaciones	*Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.*

Fecha liquidación *martes, 24 de octubre de 2023* *Recibe:* _____

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. (RAD. 28 2020 00435 01).

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

AUTO

Se admite la renuncia de poder presentada por el abogado JUAN CARLOS GONZÁLEZ CANDIA, quien fungía como apoderado de la demandante MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE



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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas ACERIAS PAZ DEL RIO y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 47 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2023 (Audiencia virtual, archivo 29, récord 48:15), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) y la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., existió un contrato de trabajo que se desarrolló durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial, respecto de la vigencia de la relación laboral que el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) sostuvo con la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., esto es, entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, de conformidad con los smmlv establecidos por el Gobierno Nacional para cada anualidad.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. a pagar el cálculo actuarial correspondiente al señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) y que comprende el periodo de servicios entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por a la demandada COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer la PENSIÓN DE VEJEZ del señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) a partir del 2 de febrero de 2012, junto con sus aumentos legales correspondiente año tras año, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer la SUSTITUCIÓN PENSIONAL en favor de la MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE a partir de la fecha del fallecimiento del causante y pagadera a partir del 30 de abril de 2016, de acuerdo con la prescripción trienal a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SÉPTIMO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el art 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de agosto de 2019 y hasta tanto se verifique el pago.*
>
> ***OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS** a las demandadas en cuantía de 2 smmlv cada una.*
>
> ***NOVENO**: En caso de no ser apelada la presente sentencia, remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del CPTSS".*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1], manifestando, la entidad ha actuado bajo los principios constitutivos del sistema general de pensiones, su actuación siempre se ha enmarcado de acuerdo con la información que reposa en las bases de datos sobre la parte actora y el causante, y sobre las mismas ha expedido los actos administrativos en derecho, en desarrollo con lo expresado en la Carta Magna según el artículo 83 que indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 50:49:** "Muchas gracias su Señoría por directriz expresa en la entidad que represento me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido solicitándoles a los Honorables Magistrados revocar la sentencia que se acaba de proferir, por cuanto mi representada ha actuado bajo los principios constitutivos del sistema general de pensiones, su actuación siempre se ha enmarcado de acuerdo con la información que reposa en las bases de datos sobre la parte actora y el causante, y sobre las mismas ha expedido los actos administrativos en derecho, en desarrollo con lo expresado en la Carta Magna en el artículo 83 que indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas y cada una de las gestiones que aquellos adelanten ante esta. De esta manera solicito a los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelva mi representada. Muchas gracias".*

deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas y cada una de las gestiones que aquellos adelanten ante esta.

Por su parte, la codemandada ACERIAS PAZ DEL RIO, atacó la decisión de primer grado, argumentando[2], si bien es cierto, existía algún tipo de obligación con los aportes del actor, no es el cálculo actuarial la vía idónea para hacer ese pago y cobrar a la sociedad ACERIAS PAZ DEL RIO, porque la sociedad no fue omisa en ese pago por falta de legislación, no hubo falta de voluntad, no había obligación, únicamente procedería el pago de aportes actualizados de acuerdo a los salarios realmente devengados y los porcentajes de cotización aplicados a cada periodo, es decir, lo viable es pagar esos aportes con unos intereses moratorios, si fuera el caso, pero no bajo la figura del cálculo actuarial que tiene un componente matemático totalmente mayor y más si vemos la reforma que hubo el año pasado de cómo se cobra el cálculo actuarial, que no solo influye el tema de los pagos, sino también hay una sanción por la mora o por la omisión que hubiese cometido el empleador.

Añadió, para el caso puntual no existe ninguna obligación pendiente por parte de la sociedad, porque no existía una norma en ese momento y no existe ninguna norma que indique cómo se deben pagar los periodos antes del 1967, el cálculo actuarial fue creado posteriormente con la Ley 100 y así lo ha lo informado el magistrado Fernando Castillo Cadena en varios apartes y en varios salvamentos, entre esos citó el radicado 68421 del 22 de agosto del 2018 donde el magistrado dice que no existe una omisión del empleador, pues en aquellos

[2]***Recurso ACERIAS PAZ DEL RIO, récord 51:42:*** *"Sí, Señoría, quisiera interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal revise solo la parte considerativa de la forma en que nos están cobrando estos aportes, que si bien es cierto, ya lo decía en mis alegatos de conclusión, existía algún tipo de obligación, no es el cálculo actuarial la vía idónea para hacer ese pago y cobrar a ACERIAS PAZ DEL RIO, porque nosotros no fuimos omisos en ese pago por falta de legislación, no hubo falta de voluntad, no había obligación, únicamente procedería el pago de aportes actualizados de acuerdo a los salarios realmente devengados y los porcentajes de cotización, aplicados a cada periodo, es decir, es pagar esos aportes con unas intereses moratorios, si fuera el caso, pero no la figura del cálculo actuarial que tiene un componente matemático totalmente mayor y más si vemos la reforma que hubo el año pasado de cómo se cobra el cálculo actuarial, que no solo influye el tema de los pagos, sino también hay una sanción por la mora o por la omisión que hubiese cometido el empleador. Para el caso puntual no existe ninguna obligación pendiente por parte de mi prohijado, porque, como reitero, nuevamente, no existía una norma en ese momento y no existe ninguna norma que nos indique cómo se debe apagar en esos periodos que estaban antes del 67. Reitero que el cálculo actuarial fue creado posteriormente con la Ley 100 y así lo ha lo informado el magistrado Fernando Castillo Cadena en varios apartes y en varios salvamentos de otros., entre esos cito el radicado 68421 el 22 de agosto del 2018 donde el magistrado dice que no existe una omisión del empleador, pues en aquellos casos en los que no hubiera llamado obligatorio de inscripción la responsable de éste se limita a la norma del Código Sustantivo de Trabajo ante el cumplimiento de los requisitos establecidos para adquirir el derecho pensional de cara a la pensión de jubilación, el vehículo financiero del cálculo actuarial para el pago de la obligación pensional es improcedente, pues es esta figura de acuerdo al Decreto de 1887 de 1994, fue concebida con exclusividad para situaciones distintas. Luego solicito al Honorable Tribunal revise y una vez siente una línea de cómo podría ser ese pago de esas obligaciones que nos traía para ciertas empresas que antes del 67 tenían a su cargo a sus trabajadores y tenían esos pagos pendientes por hacer y que solo corresponde a una cuota proporcional a lo que debía ahorrar y no a un cálculo actuarial. En ese orden de ideas interpongo recurso de apelación ante el honorable tribunal. Muchas gracias.".*

casos en los que no hubiera llamado obligatorio de inscripción la responsabilidad se limita al Código Sustantivo de Trabajo ante el cumplimiento de los requisitos establecidos para adquirir el derecho pensional de cara a la pensión de jubilación, el vehículo financiero del cálculo actuarial para el pago de la obligación pensional es improcedente, pues esta figura de acuerdo al Decreto de 1887 de 1994, fue concebida con exclusividad para situaciones distintas.

Solicitó se revise y se siente una línea de cómo podría ser ese pago de esas obligaciones que no estaban concebidas para ciertas empresas antes de 1967, aun cuando tenían a su cargo a sus trabajadores y tenían esos pagos pendientes por hacer y que solo corresponde a una cuota proporcional a lo que debía ahorrar y no, un cálculo actuarial.

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 MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 2 a 3, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 3 a 5 del mismo archivo, aspirando:

A. DECLARATORIAS:

1. Que se declare que el señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ (Q.E.P.D) mantuvo un contrato de trabajo con ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. por el período del 18 de agosto de 1952 hasta el 15 de mayo de 1955.

2. En consecuencia, que se declare que la señora MARÍA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ (Q.E.P.D).

3. Que se declare que ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. tiene a su cargo el reconocimiento y pago de los aportes pensionales del señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ.

4. Que se declare que el señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ tiene el derecho a recibir el pago de aportes pensionales por parte de ACERÍAS PAZ DEL RIO S.A., correspondiente al período del 18 de agosto de 1952 hasta el 15 de mayo de 1955.

5. En consecuencia, que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES debe elaborar el cálculo actuarial correspondiente.

B. CONDENATORIAS:

1. Que se condene a ACERÍAS PAZ DEL RIO S.A. al pago de aportes pensionales en favor de la señora MARÍA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE como beneficiaria de la pensión de sobrevientes del señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ, por el período correspondiente del 18 de agosto de 1952 hasta el 15 de mayo de 1955.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la elaboración de cálculo actuarial correspondiente.

3. Que como consecuencia de los hechos que se prueben dentro del proceso, el Señor Juez condene a las demandadas ultra y extra petita en lo que corresponda.

4. Que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) y la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO S.A., existió un contrato de trabajo que se desarrolló durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, se condenó a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a liquidar el cálculo actuarial, respecto de la vigencia de la relación laboral que el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) sostuvo con la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, de conformidad con los smmlv establecidos por el Gobierno Nacional para cada anualidad, se condenó a ACERIAS PAZ DEL RIO S.A. a pagar el cálculo actuarial correspondiente al señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) y que comprende el periodo de servicios entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, se condenó a COLPENSIONES a reconocer la PENSIÓN DE VEJEZ del señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) a partir del 2 de febrero de 2012, junto con sus aumentos legales correspondiente año tras año, asimismo, se condenó a COLPENSIONES a reconocer la SUSTITUCIÓN PENSIONAL en favor de la MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE a partir de la fecha del fallecimiento del causante y pagadera a partir del 30 de abril de 2016, de acuerdo con la prescripción trienal, se condenó al pago de los intereses moratorios de que trata el art 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de agosto de 2019 y hasta tanto se verifique el pago y se condenó en costas. **Lo anterior, tras considerar el *a quo*,** al demostrarse la relación laboral entre el causante y demandada ACERIAS PAZ DEL RÍO entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, le corresponde efectuar el cálculo actuarial de los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, advirtiendo, así

la demandada no tuviera la obligación de afiliar al actor al ISS sí tenía a cargo el reconocimiento y pago de la prestación pensional en los términos del artículos 260 del C.S.T. y en esa medida debía provisionar el capital requerido para el financiamiento de esta prestación, por lo que, los periodos solicitados deben ser pagados a través del cálculo actuarial, pues el pago de las mesadas con intereses o indexación se aplican cuando se presentan moras en el pago de la cancelación de aporte, por lo tanto, el patrono debe responder por el pago de los periodos, como quiera que solo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes. Al efecto, citó la sentencia CSJ SL3892-2016, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL 2654-2021, en donde la Alta Corporación reiteró que en aplicación de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, los empleadores sí tenían la obligación de efectuar la reserva financiera correspondiente al tiempo servido, con independencia que se tratara de periodos en los que no había cobertura territorial del ISS.

En cuanto a la base de cotización, adujo, debe tenerse en cuenta que no se probó que la remuneración percibida por el señor ÁLVARO LLORENTE (q.e.p.d.) en vigencia de la relación laboral con la encartada hubiese sido superior al smmlv. Así las cosas, el cálculo actuarial que deberá efectuar COLPENSIONES y pagar la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO, deberá fundarse en los smmlv establecidos por el Gobierno Nacional para cada anualidad y durante los referidos interregnos.

Al analizar lo referente a la prescripción, indicó, el derecho a perseguir el pago de aportes 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 en sentencias con radicación 21378 del 18 de febrero del 2004 y SL8544 del 15 de junio de 2016.

Con relación a la pensión de vejez, consideró, el señor ÁLVARO LLORENTE MARTÍNEZ (Q.E.P.D) es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1º de abril de 1994 contaba con 55 años de edad, igualmente, verificando los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005, evidenció que para el 31 de julio de 2010 contaba con 71 años de edad y con 1.127,28 semanas de cotización, contando con las semanas de cotización que debe reconocer y pagar la demandada ACERIAS PAZ DEL RIO, por lo tanto, es evidente que para el 29 de julio de 2005 el señor LLORENTE contaba con más de 750 semanas de cotización y que para el 31 de diciembre de 2014 ya tenía 76 años de edad y 1.193,14 semanas de cotización al sistema, ordenando que la prestación económica se reconozca desde el 2 de febrero de

2012, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que dejó de cotizar, fecha para la cual contaba con 86 años de edad.

Frente a la sustitución pensional encontró demostrado que el *de cujus* y la actora contrajeron matrimonio católico el día 12 de agosto de 1967 y que convivieron de manera ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento del señor ALVARO LLORENTE, lo cual ocurrió el 19 de junio de 2016 y se ratificó con el testimonio rendido en la instancia y las pruebas documentales, condenando a pagar la pensión en un 100% del valor de la pensión que le hubiese sido reconocida al señor Álvaro Llorente, debidamente indexada.

En este orden de ideas, procede la Sala a resolver la presente litis atendiendo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, aclarándose, ACERIAS PAZ DEL RIO no controvirtió la existencia de la relación laboral con el de cujus, sino que mostró inconformidad frente a la condena al pago del cálculo actuarial dispuesto por el *a quo,* por lo que se plantea como problemas jurídicos: i) ¿es procedente la figura del cálculo actuarial para que ACERIAS PAZ DEL RIO efectúe los aportes para los periodos 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955?, ii) ¿procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez pos mortem al señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) atendiendo lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990?, iii) ¿procede la sustitución pensional en favor de la demandante MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE, pagadera a partir del 30 de abril de 2016, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?.

De manera preliminar, a efecto de resolver la primera temática, 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 del señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) al excluirse un periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, dado que esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional, precisando al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (SL 9856 del 16 de julio de 2014 Radicación No. 41475[3], reiterada en

---

[3] *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 diáfanamente 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

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).*

---

laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.
Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

> *(…)*
>
> ***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 total respecto al riesgo pensional del trabajador****…". (Negrilla de la Sala).*

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada ACERIAS PAZ EL RIO por cuanto es bajo la figura de cálculo actuarial que deben realizarse los aportes por los periodos comprendidos entre el 18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955, pese a que la intención de esta encartada no fue defraudar al sistema ni evadir la obligación que le asistía como empleadora.

Sobre este punto, recuérdese que los periodos en que no hubo afiliación NO pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

Adviértase, en los periodos que se presenta mora patronal, pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, como lo pretende aquí el recurrente, pero, **cuando no hay afiliación**, caso que se presenta en autos, el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[4], por ende, no tiene vocación de prosperidad los argumentos de la empresa enjuciada.

---

[4] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (…)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto).

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 el de cujus 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 02 págs. 46 a 53), es claro que en su cabeza se encuentra esta obligación 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 (*18 de agosto de 1952 al 15 de mayo de 1955),* confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En otro giro, procede la Sala a resolver la presente Litis advirtiendo lo pretendido de manera principal por la demandante, consiste en analizar el reconocimiento de la pensión post mortem conforme a lo establecido en al Acuerdo 049 de 1990.

De manera preliminar y para dar solución al presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005[5], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el **31 de julio de 2010**, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

Conforme a lo anterior, reposa copia de la cédula de ciudadanía del causante Álvaro Llorente Martínez (q.e.p.d.) - (*Archivo 02, pág. 05 expediente digital*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el **28 de noviembre de 1925**, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994 el causante contaba con 68 años de edad, por tanto, en

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

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

principio sería beneficiario del régimen de transición, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el señor Álvaro Llorente Martínez (q.e.p.d.) durante su vida laboral efectuó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el **06 de septiembre de 1949**, fecha que se consigna en la historia laboral aportada en el expediente administrativo obrante a página 47 del archivo 02, por manera que, el régimen aplicable a la situación pensional del afiliado fallecido lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el *de cujus* alcanzó los 60 años el **28 de noviembre de 1985**, pues nació el mismo día y mes de 1925, y en cuanto a las semanas, se advierte conforme a la historia laboral -*actualizada al 17 de enero de 2019*-, se tiene que el causante no cuenta con las 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (28 de noviembre de 1965 al 28 de noviembre de 1985) pues solo tiene en ese lapso 124,14 semanas, sin embargo, alcanza un total de **1.202,7** semanas[6] en toda la vida laboral, cumpliendo con los presupuestos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, pues si bien al cumplimiento de la edad no había acreditado las semanas exigidas, lo cierto es que el beneficio transicional del *de*

[6] *Total, semanas del 06 de septiembre de 1949 al 01 de febrero de 2012, incluidas las semanas de ACERIAS PAZ DEL RIO.*

RESUMEN DE TIEMPOS PÚBLICOS NO COTIZADOS A COLPENSIONES

El siguiente resumen **INFORMATIVO** refleja los periodos laborados en el sector público y no cotizados al ISS hoy Colpensiones.

[12]Identificación Empleador	[13]Nombre o Razón Social	[14]Desde	[15]Hasta	[16]Último Salario	[17]Semanas	[18]Lic	[19]Sim	[20]Total
899999042	MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES	06/09/1949	05/02/1951	$669	74,00	0,00	0,00	74,00
899999063	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	01/03/1953	30/01/1955	$72	100,14	0,00	0,00	100,14
899999011	DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION	03/03/1959	09/03/1962	$2.800	157,57	0,00	0,00	157,57
								[21]TOTAL SEMANAS REPORTADAS: 331,71

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 728,14
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

Semanas cálculo actuarial 142,85

TOTAL, SEMANAS 1.202.7.

cujus se mantuvo hasta el año 2010, ya que con la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el causante conforme a la historial laboral citada (páginas 43 a 56 del archivo 02 expediente digital) para el 29 de julio del 2005, contaba con 868,36 semanas[7] (superior a 750 semanas) y, en todo caso, las 1000 semanas las cumplió el **30 de abril de 2008**, esto es, dentro del primer limite previsto para los beneficiarios del régimen de transición (31 de julio de 2010), en consecuencia, es procedente el reconocimiento del derecho pensional con fundamento en el artículo 12 de dicha disposición normativa.

Sea pertinente aclarar respecto a la sumatoria de las **1.202,7** semanas, la posibilidad de acumular tiempo de servicio público al tiempo de semanas de cotización exclusivas al ISS, de acuerdo a lo expuesto entre otras en sentencias de Casación Laboral como la CSJ SL-17894, CSJ SL-18729 y CSJ SL1947-2020[8], para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990

---

[7] *331,71 tiempos públicos + 142,85 semanas cálculo actuarial +393,82 del 01 de enero de 1967 al 29 de julio de 2005.*

[8] «***2. Sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS en el marco del Acuerdo 049 de 1990***

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa. En la sentencia CSJ SL032-2018, la Sala indicó:

> *En la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:*
>
> *"Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.*
>
> *Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.*
>
> *Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:*
>
> *El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:*
>
> *'Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio".*
>
> *"Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el*

> *genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a "la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo" y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

Este criterio ha sido reiterado por la Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL16104-2014, CSJ SL9088- 2015, CSJ SL9351- 2016, CSJ SL12701-2016, CSJ SL11447-2016, CSJ SL13153- 2016, CSJ SL8439-2016, CSJ SL18427-2016, CSJ SL11256-2016, CSJ SL1073- 2017, CSJ SL4271-2017 y, más recientemente, en los fallos CSL SL5514-2018, CSJ SL4541-2018, CSJ SL5614-2019, CSJ SL5580-2019, CSJ5113-2019, CSJ SL4753-2019, CSJ SL4740-2019, CSJ SL4739-2019, CSJ SL3266-2019, CSJ SL2415-2019 y CSJ SL507-2020.

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultra activos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto

aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, si es posible consolidar semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando la jurisprudencia en cita que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, postura que acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia, precisándose fue la misma Corte Suprema de Justicia quien recogió su criterio frente a dicha temática y por ende el mismo no puede ser desconocido por este Tribunal. Dicho esto, los tiempos públicos y privados que cotizó en vida el señor Álvaro Llorente Martínez (q.e.p.d.) fueron computados en su totalidad.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.

Por último, la Sala considera oportuno referirse al razonamiento del Tribunal, según el cual la sumatoria de tiempos referida crea un trato privilegiado o desigual entre quienes (i) se pensionaron en plena vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y (ii) aquellos que pueden lograrlo en virtud de ser beneficiarios del régimen de transición bajo la acumulación de tiempos públicos y privados con y sin cotización.

Al respecto, es preciso señalar que tal argumento no configura un criterio válido de comparación (patrón de igualdad o tertium comparationis), dado que las personas que se pretenden asimilar no están en la misma situación fáctica. Nótese que el primer grupo aludido obtuvo la protección del entonces vigente sistema de pensiones, mientras que los segundos pretenden acceder a un derecho pensional bajo un nuevo marco legal y constitucional.

En todo caso, es importante destacar que la Ley 100 de 1993 pretendió superar las deficiencias del anterior sistema pensional caracterizado por la baja cobertura, la fragmentación o multiplicidad de regímenes y la inequidad, para así garantizar progresivamente la cobertura de todas las contingencias que afectan las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio nacional. En estos objetivos transitan los principios de integralidad y universalidad -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, y 48 de la Constitución Política-, que son fiel desarrollo de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y procuran la garantía progresiva de la seguridad social, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007) o el 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin duda alguna, con la Ley 100 de 1993 estos mandatos fueron maximizados al permitir que más personas pudieran acceder a una pensión de vejez en condiciones de igualdad y bajo la premisa de que debían computarse las semanas cotizadas al ISS con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema o, a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, así como los tiempos de trabajo sin aportes.

En efecto, el propósito de unicidad normativa y sistémica de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería de acuerdo al segmento en el que se prestaba. Nótese que si la persona laboraba durante 500 semanas en los 20 años anteriores a la misma edad mínima pensional fijada para los hombres en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo accedía al beneficio si las cotizaba en su integridad al ISS, restricción que fue eliminada.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).

Por otra parte, el legislador de 1993 no concibió la aplicación retroactiva del régimen de transición en los mismos términos en que fue expedida la norma que previamente regulaba la situación pensional concreta, sino que procuró que sus efectos jurídicos rigieran en mayores y mejores condiciones de igualdad en el nuevo marco legal y constitucional.

Por tanto, si la seguridad social se pensara bajo la óptica objeto de reflexión, no podrían existir avances legislativos dirigidos a conseguir una mayor cobertura en materia de pensiones, porque entonces se configurarían tratos desiguales frente a quienes sí pudieron tener protección del sistema en un estado de cosas que, para otros, no les significaba la misma salvaguarda, lo que sería un sinsentido."

Retomando, no cabe duda para esta Sala, la existencia del derecho pensional en cabeza del causante, siendo el reconocimiento pensional en principio a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, esto es, **2° de febrero de 2012** (archivo 02, página 47 - historial laboral aportada por Colpensiones - novedad de retiro 1º de febrero de 2012)[9], tal como lo concluyó el juzgador de primer grado.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al causante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (al cumplir 1000 semanas el 30 de abril de 2008), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio NO alcanzó el causante, pues en toda su vida laboral cotizó **1.202,7** semanas, siendo lo procedente establecer la mesada pensional con el IBL de los 10 últimos años.

Asimismo, atendiendo lo previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990[10] para las 1.202.7 semanas que cotizó el señor ÁLVARO LLORENTE (q.e.p.d.), se deberá aplicar una tasa de reemplazo equivalente al 87%.

---

[9] *En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone "La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma", mientras que en el artículo 35 indica "Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".*

[10] "(…) *a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario."

En cuanto a la cantidad de mesadas a reconocer, es menester traer a colación la previsión consagrada en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que señala: *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año"*, consignándose en el Parágrafo transitorio 6º *"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo,* ***aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*** *(Negrilla y subrayado de la Sala).* Bajo tal postulado, como se vio en líneas anteriores, el *de cujus* causó la pensión el 30 de abril de 2008, siendo procedente el reconocimiento de 14 mesadas anuales.

En este orden, como quiera que la tasa de reemplazo, mesada pensional y la cantidad de mesadas no fue objeto de pronunciamiento en primer grado, se adicionará la sentencia en tal sentido.

Acorde a lo precedentemente expuesto, una vez efectuados los cálculos con el apoyo del Grupo Liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integra de la sentencia (archivo pdf anexo), aplicando una tasa de reemplazo del 87% se obtiene una mesada pensional para el año 2012 de **$505.898,21**, cifra inferior al smmlv de dicha anualidad por lo que atendiendo lo previsto en el artículo 132 – numeral 1º del C.S.T. se imputará el salario mínimo.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2001	*33*	*43,270*	*76,19*	*1,761*	*$ 286.000,00*	*$ 503.590,02*	*$ 553.949,02*
2002	*296*	*46,580*	*76,19*	*1,636*	*$ 322.277,03*	*$ 527.142,26*	*$ 5.201.137,01*
2003	*360*	*49,830*	*76,19*	*1,529*	*$ 341.000,00*	*$ 521.388,52*	*$ 6.256.662,25*
2004	*360*	*53,070*	*76,19*	*1,436*	*$ 388.833,33*	*$ 558.228,97*	*$ 6.698.747,69*
2005	*360*	*55,990*	*76,19*	*1,361*	*$ 454.458,33*	*$ 618.417,22*	*$ 7.421.006,70*
2006	*360*	*58,700*	*76,19*	*1,298*	*$ 487.500,00*	*$ 632.753,41*	*$ 7.593.040,89*
2007	*360*	*61,330*	*76,19*	*1,242*	*$ 500.416,67*	*$ 621.665,51*	*$ 7.459.986,14*
2008	*360*	*64,820*	*76,19*	*1,175*	*$ 540.000,00*	*$ 634.720,77*	*$ 7.616.649,18*
2009	*360*	*69,800*	*76,19*	*1,092*	*$ 508.083,33*	*$ 554.596,98*	*$ 6.655.163,75*
2010	*360*	*71,200*	*76,19*	*1,070*	*$ 536.416,67*	*$ 574.011,04*	*$ 6.888.132,44*
2011	*360*	*73,450*	*76,19*	*1,037*	*$ 551.666,67*	*$ 572.246,20*	*$ 6.866.954,39*
2012	*31*	*76,190*	*76,19*	*1,000*	*$ 549.322,58*	*$ 549.322,58*	*$ 567.633,33*
Total días	***3600***			***Total devengado actualizado a:***		***2012***	***$ 69.779.062,80***
Total semanas	***514,29***					***Ingreso Base Liquidación***	***$ 581.492,19***
Total Años	***10,00***					***Porcentaje aplicado***	***87%***
						Primera mesada	***$ 505.898,21***
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		***2012***	***$ 566.700,00***

Establecido lo anterior, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la

fecha de fallecimiento del causante, **19 de junio de 2016** (pág. 43, archivo 02), 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.

Precisándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para **cónyuge** como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[11], era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o **pensionado**, tal criterio fue revaluado por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada **únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**, enfatizando, "*una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador",* bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido**,** postura asumida entre otras, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era*

---

[11] ***"ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.*** *<Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[11]; (...)

necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, ***de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado****. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:*

> *[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado*, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».*

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Igualmente, en la sentencia SL1878-2022 Radicación No. 90562 del 16 de mayo del 2022 la misma corporación expuso:

"Sobre la discusión que eleva la censura, la línea jurisprudencial de esta Corporación estuvo asentada, por varios años, en que el requisito de convivencia por espacio de cinco años previos al deceso del causante era exigible tanto para los casos de

> *pensionados como de afiliados (CSJ SL, 20 mayo 2008, radicado 32393; CSJ SL1402-2015; CSJ SL1399-2018 y CSJ SL422-2020).*
>
> *Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (…).*
>
> *Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».*
> *(…)*
> *De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: **cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años**, mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*
>
> ***En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado."***

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido 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.

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 MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE superaba los treinta años de edad[12] -77 años-, en la fecha del fallecimiento del señor Álvaro Llorente Martínez (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 haber ostentado la calidad de cónyuge del causante y haber convivido con el *de cujus* desde el año 1967 (fecha matrimonio), fecha desde la cual no se separaron sino hasta que se produjo el deceso en el **2016**.

[12] *Nació el 01 de noviembre de 1938 (cédula de ciudadanía página 6 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 acudirse al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como prueba documental y relevante para resolver la litis, las siguientes:

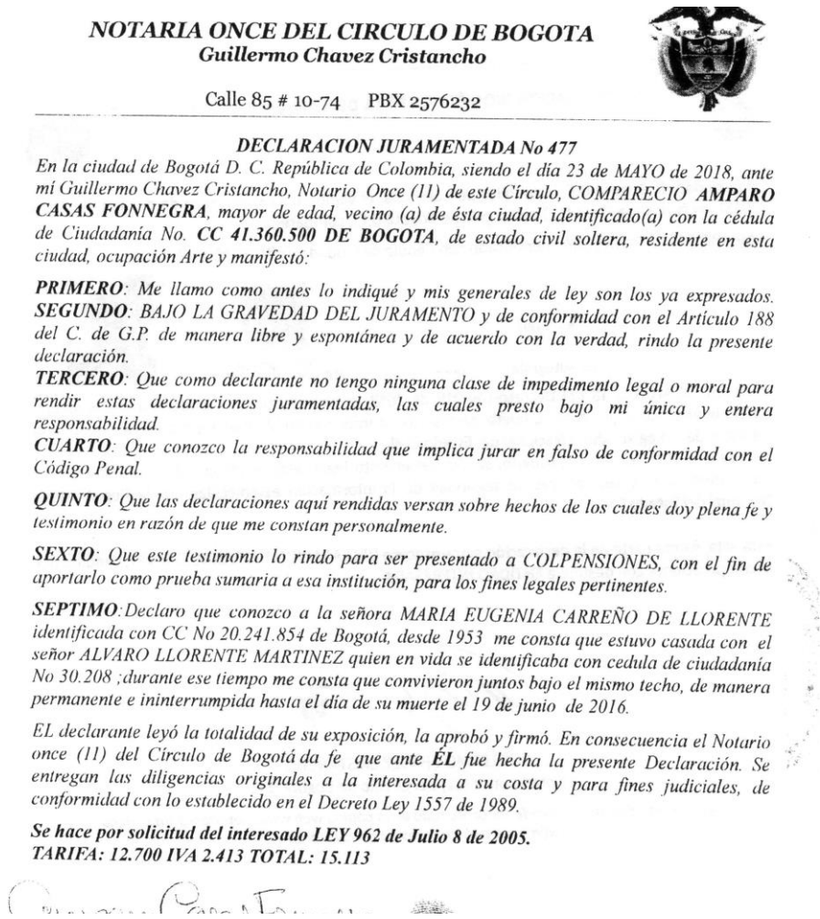
- Registro civil de matrimonio celebrado entre la señora MARÍA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE y el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) - (archivo 01, página 42).

- Copia del registro civil de defunción del señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.). (archivo 01, página 43).

- Copia de la certificación laboral expedida por ACERIAS PAZ DEL RÍA S.A. de fecha 28 de septiembre de 1995. (archivo 01, página 45).

- Historia laboral del señor Álvaro Llorente. (archivo 01, páginas 46 a 55).

- Declaración extraprocesal de Amparo Casas Fonnegra del 23 de mayo de 2016. (archivo 01, página 60).



NOTARIA ONCE DEL CIRCULO DE BOGOTA
Guillermo Chavez Cristancho

Calle 85 # 10-74 PBX 2576232

DECLARACION JURAMENTADA No 477

En la ciudad de Bogotá D. C. República de Colombia, siendo el día 23 de MAYO de 2018, ante mí Guillermo Chavez Cristancho, Notario Once (11) de este Circulo, COMPARECIO ***AMPARO CASAS FONNEGRA****, mayor de edad, vecino (a) de ésta ciudad, identificado(a) con la cédula de Ciudadanía No.* ***CC 41.360.500 DE BOGOTA****, de estado civil soltera, residente en esta ciudad, ocupación Arte y manifestó:*

PRIMERO*: Me llamo como antes lo indiqué y mis generales de ley son los ya expresados.*
SEGUNDO*: BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO y de conformidad con el Artículo 188 del C. de G.P. de manera libre y espontánea y de acuerdo con la verdad, rindo la presente declaración.*
TERCERO*: Que como declarante no tengo ninguna clase de impedimento legal o moral para rendir estas declaraciones juramentadas, las cuales presto bajo mi única y entera responsabilidad.*
CUARTO*: Que conozco la responsabilidad que implica jurar en falso de conformidad con el Código Penal.*

QUINTO*: Que las declaraciones aquí rendidas versan sobre hechos de los cuales doy plena fe y testimonio en razón de que me constan personalmente.*

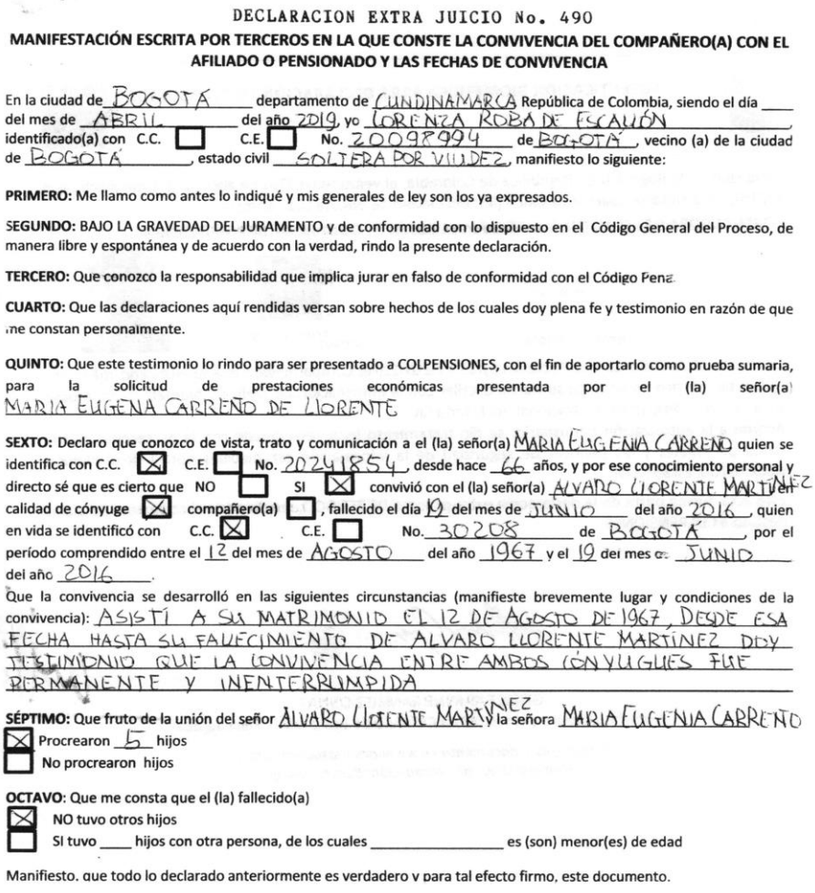
SEXTO*: Que este testimonio lo rindo para ser presentado a COLPENSIONES, con el fin de aportarlo como prueba sumaria a esa institución, para los fines legales pertinentes.*

SEPTIMO*: Declaro que conozco a la señora MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE identificada con CC No 20.241.854 de Bogotá, desde 1953 me consta que estuvo casada con el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ quien en vida se identificaba con cedula de ciudadanía No 30.208 ;durante ese tiempo me consta que convivieron juntos bajo el mismo techo, de manera permanente e ininterrumpida hasta el día de su muerte el 19 de junio de 2016.*

EL declarante leyó la totalidad de su exposición, la aprobó y firmó. En consecuencia el Notario once (11) del Círculo de Bogotá da fe que ante ***ÉL*** *fue hecha la presente Declaración. Se entregan las diligencias originales a la interesada a su costa y para fines judiciales, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1557 de 1989.*

Se hace por solicitud del interesado LEY 962 de Julio 8 de 2005.
TARIFA: 12.700 IVA 2.413 TOTAL: 15.113

- Declaración extraprocesal de Lorenza Roba de Escallón del 29 de abril de 2019. (archivo 01, página 62).



DECLARACION EXTRA JUICIO No. 490

MANIFESTACIÓN ESCRITA POR TERCEROS EN LA QUE CONSTE LA CONVIVENCIA DEL COMPAÑERO(A) CON EL AFILIADO O PENSIONADO Y LAS FECHAS DE CONVIVENCIA

En la ciudad de BOGOTÁ departamento de CUNDINAMARCA República de Colombia, siendo el día ___ del mes de ABRIL del año 2019, yo LORENZA ROBA DE ESCALLÓN, identificado(a) con C.C. ☐ C.E. ☐ No. 20098994 de BOGOTÁ, vecino (a) de la ciudad de BOGOTÁ, estado civil SOLTERA POR VIUDEZ, manifiesto lo siguiente:

PRIMERO: Me llamo como antes lo indiqué y mis generales de ley son los ya expresados.

SEGUNDO: BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO y de conformidad con lo dispuesto en el Código General del Proceso, de manera libre y espontánea y de acuerdo con la verdad, rindo la presente declaración.

TERCERO: Que conozco la responsabilidad que implica jurar en falso de conformidad con el Código Penal.

CUARTO: Que las declaraciones aquí rendidas versan sobre hechos de los cuales doy plena fe y testimonio en razón de que me constan personalmente.

QUINTO: Que este testimonio lo rindo para ser presentado a COLPENSIONES, con el fin de aportarlo como prueba sumaria, para la solicitud de prestaciones económicas presentada por el (la) señor(a) MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE

SEXTO: Declaro que conozco de vista, trato y comunicación a el (la) señor(a) MARIA EUGENIA CARREÑO quien se identifica con C.C. ☒ C.E. ☐ No. 20241854, desde hace 66 años, y por ese conocimiento personal y directo sé que es cierto que NO ☐ SI ☒ convivió con el (la) señor(a) ALVARO LLORENTE MARTINEZ en calidad de cónyuge ☒ compañero(a) ☐, fallecido el día 19 del mes de JUNIO del año 2016, quien en vida se identificó con C.C. ☒ C.E. ☐ No. 30208 de BOGOTÁ, por el período comprendido entre el 12 del mes de AGOSTO del año 1967 y el 19 del mes de JUNIO del año 2016.

Que la convivencia se desarrolló en las siguientes circunstancias (manifieste brevemente lugar y condiciones de la convivencia): ASISTÍ A SU MATRIMONIO EL 12 DE AGOSTO DE 1967, DESDE ESA FECHA HASTA SU FALLECIMIENTO DE ALVARO LLORENTE MARTÍNEZ DOY TESTIMONIO QUE LA CONVIVENCIA ENTRE AMBOS CÓNYUGUES FUE PERMANENTE Y INENTERRUMPIDA

SÉPTIMO: Que fruto de la unión del señor ALVARO LLORENTE MARTÍNEZ y la señora MARIA EUGENIA CARREÑO

☒ Procrearon 5 hijos
☐ No procrearon hijos

OCTAVO: Que me consta que el (la) fallecido(a)

☒ NO tuvo otros hijos
☐ SI tuvo ___ hijos con otra persona, de los cuales _____ es (son) menor(es) de edad

Manifiesto, que todo lo declarado anteriormente es verdadero y para tal efecto firmo, este documento.

- Resoluciones de Colpensiones resolviendo lo solicitado por la demandante. (archivo 12, página 92 a 165).

Así mismo se recepcionó la declaración de la señora **LORENZA ROBA DE ESCALLÓN**, quien expuso frente a los hechos – archivo 29, récord 11:09: "*Conocí a Álvaro Llorente porque se casó con mi amiga María Eugenia Carreño Sinisterra y somos amigas desde hace años, ellos se casaron en 1967, para mi es una fecha especial y la recuerdo porque en ese año nació mi hijo menor, entonces lo tengo presente, ellos tuvieron 5 hijos y siempre estuvieron juntos, él falleció en el año 2016, me consta que no tuvo otra pareja porque fuimos muy unidos y nos visitábamos los 4 junto con mi marido, quien falleció también y nos veíamos todos, me consta que Álvaro (…) no tuvo hijos por fuera".*

De lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, una vez valorado este testimonio y la declaración rendida por la misma deponente, así como 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 MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE y ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.), convivieron en calidad de cónyuges hasta el momento en que éste falleció desde el año 1967 (fecha de matrimonio), tal como lo concluyó el juzgador de primer grado, habiendo percibido la testigo de manera directa los hechos sobre los cuales declaró por la cercanía con la pareja, pues asistió al matrimonio y tuvo presente la fecha de las nupcias porque dicho año nació su hijo menor, manteniéndose la amistad con la aquí demandante de manera ininterrumpida. De tal forma, este dicho para la Sala goza de plena credibilidad en tanto su declaración no fue contradictoria y por el contrario se mostró espontánea y coincidente y sin ánimo de favorecer al extremo demandante por los años de amistad que las une.

Por otro lado, frente a la declaración extra - juicio rendida por la señora Amparo Casas Fonnegra el 23 de mayo de 2016. (archivo 01, página 60), debe advertir la Sala, la declarante se limitó a señalar que le consta que la pareja conformada por MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE y ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.), contrajo nupcias el año 1967 y que de ahí en adelante convivieron de manera continua e ininterrumpida, **sin informar por qué la razón de su dicho,** pues en sentir de esta Corporación, debió relacionar situaciones que dieran credibilidad y certeza frente al conocimiento de los hechos sometidos a litigio. Lo anterior, conlleva a restarle credibilidad a esta declaración, pues se resalta, si bien las declaraciones extra - juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, lo cierto es que deben ser actos que impriman una realidad fáctica y describan situaciones concretas[13] que lleven a los operadores judiciales a la plena convicción de que cierta situación sí ocurrió.

Pese a lo anterior, se encuentra acreditado que la cónyuge del fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde **1967 hasta el 19 de junio de 2016**, demostrando la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (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

---

[13] *"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).*

pensional deprecado conforme lo establecido por el Juez de primer grado, esto es, en el 100% de la mesada desde el **20 de junio de 2016** (día siguiente al fallecimiento) junto con 14 mesadas en cuantía de 1 smmlv.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[14] -(formuló excepción a página 05, archivo 10), se advierte, en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **19 de junio de 2016** fecha en que falleció el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.), acudiendo la actora a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 30 de abril de 2019 (páginas 94 a 100, archivo 12), surtiéndose, en consecuencia, las siguientes actuaciones:

- Resolución SUB160062 del 21 de junio de 2019 por medio de la cual resolvió un trámite de prestaciones económicas y negó la prestación.

- La demandante formuló recurso de reposición y en subsidio apelación el 10 de julio de 2019 (páginas 101 a 110, ibidem) siendo resueltos mediante Resolución SUB232452 del 27 de agosto de 2019 (páginas 112 a 121, ibidem) y acto DPE 10461 del 27 de septiembre de 2019 (páginas 123 a 133; ibidem), resolviéndose confirmar el acto administrativo inicial.

- Mediante Resolución SUB184285 del 18 de agosto de 2020 (páginas 137 a 144, ibidem), se reconoció una indemnización sustitutiva, frente a la cual se presentó recurso de reposición y en subsidio apelación el 09 de octubre de 2020, siendo resuelto el primero de ellos a través de Resolución SUB233825 del 29 de octubre de 2020 (páginas 152 a 157 ibidem) y el segundo recurso mediante Resolución DPE 15517 del 18 de noviembre de 2020 (páginas 159 a 165, ibidem).

Por lo anterior, los efectos de la prescripción quedaron suspendidos hasta la fecha en que se profirió la última Resolución DPE 15517 del 18 de noviembre de 2020 (páginas 159 a 165, ibidem), acudiendo la demandante ante la jurisdicción el 12 de noviembre del 2020[15] (*archivo 03 expediente digital*), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha 14 de julio de 2021 (archivo 06 expediente digital) el 15 de julio de 2021 (archivo 07 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P., 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

---

[14] *La demanda se tuvo por contestada en auto del 05 de mayo de 2022 – archivo 19-.*
[15] *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).*

la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas desde la fecha de fallecimiento del pensionado, no se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, debiéndose modificar la decisión del juez a quo ya que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

En consecuencia, realizando las operaciones aritméticas con ayuda del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, y no habiendo sido objeto de pronunciamiento del *a quo,* se procede a concretar la mesada pensional desde el 2016 al 2023 y el consecuente retroactivo pensional (20 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2023), hallando los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada 1SMMLV***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 566.700,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 589.500,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 616.000,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*0,00*	*$ 0,0*
20/06/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.455,00*	*8,40*	*$ 5.791.422,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*14,00*	*$ 10.328.038,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*14,00*	*$ 10.937.388,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*14,00*	*$ 11.593.624,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*14,00*	*$ 12.289.242,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*14,00*	*$ 14.000.000,0*
01/01/23	***31/10/23***	*13,12%*	*$ 1.160.000,00*	*11,00*	*$ 12.760.000,0*
Total retroactivo				***$ 90.419.078,00***	

Sea importante aclarar en este punto, no se comparte la fecha reconocida por el *a quo* luego de analizar la prescripción -30 de abril de 2016-, toda vez que el señor Álvaro Llorente para dicha data no había fallecido ya que este suceso acaeció hasta el 19 de junio de 2016, por lo que, al solicitarse en este asunto la sustitución pensional, lo procedente es reconocer las mesadas a partir del día siguiente en que se produjo el hecho generador de la petición, siendo procedente modificar y adicionar la sentencia de primer grado.

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena en primer grado, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa.

No obstante dicha premisa, para la procedencia de los mismos debe analizarse la situación que dio lugar a negar la prestación económica por parte de Colpensiones, evidenciando al efecto, mediante Resolución SUB 232452 del 27

de agosto de 2019 la entidad procedió a analizar la pensión en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, advirtiendo que el *de cujus* no tenía las semanas exigidas, similares motivos se expusieron a través de Resolución DPE 10461 del 27 de septiembre de 2019.

De tal forma, solo a través de esta litis se verificó que al causante le asiste derecho al cómputo de tiempos públicos y privados, como se explicó en precedencia, cambiando este criterio jurisprudencia solo hasta el **2020** (CSJ SL-17894, CSJ SL-18729 y CSJ SL1947-2020), lo que lleva a concluir que, en la fecha en que se analizó el caso del señor Álvaro Llorente (q.e.p.d.) era permitido concluir que no le asistía derecho al no poderse sumar los tiempos públicos que ascendieron a 331,71 semanas, no siendo procedente imponer esta condena, y, en este sentido se **revocará** la decisión de primer grado, pues se insiste, el derecho surgió en virtud a un cambio jurisprudencial y no es procedente condenar al pago de los intereses moratorios. Al respecto la alta corporación en sentencia CSJ SL2305-2023, discurrió: "*Los intereses moratorios no son viables cuando el reconocimiento de la prestación obedece al cambio de criterio jurisprudencial ocurrido con posterioridad a la reclamación y, además, la entidad estaba amparada en norma vigente para el momento de la solicitud* ".

En gracia a la discusión, advierte esta Sala que no se allegó al plenario la reclamación efectuada en fecha **30 de abril de 2019**, por lo que tampoco se puede tener la certeza que la demandante reclamó la pensión de vejez mortem.

Igualmente, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a la Sala, es deber indicar, de haberse efectuado algún pago por concepto de indemnización sustitutiva a la demandante, se faculta a COLPENSIONES para que de las mesadas adeudadas descuente dichos valores razón por la cual el fallo cuestionado ha de ser adicionado en este aspecto[16].

---

[16] *Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la posibilidad de reclamar la pensión de vejez luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, Radicado No. 35896, sentencia calendada el 07 de julio de 2009:*

"La Sala ha asentado la tesis según la cual ***la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez****; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. No comprende entonces, casos como el sub lite en el que se pretende que se declare la existencia del derecho a la pensión de vejez, sumándole un número importante de cotizaciones a las que se compensaron con la indemnización sustitutiva, y cotizadas después de haberse solicitado y recibido esta última prestación. Según aparece en el texto de la Resolución n° 001961 de 25 de febrero de 2002, el actor presentó petición de indemnización sustitutiva, previa declaración de la imposibilidad de seguir cotizando, la cual le fue concedida en esa fecha".*

Finalmente, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES 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*".
De esta manera se agota la competencia de la Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas, procediendo a revocar el numeral 4º y 7º, adicionar el numeral 5º, modificar y adicionar el numeral 6º, adicionar y confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto.
SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia de primer grado y su lugar declarar no probada la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **QUINTO**, en el sentido de indicar que a la pensión de vejez que dejó causada el señor ALVARO LLORENTE MARTINEZ (q.e.p.d.) a partir del **02 de febrero de 2012**, deberá aplicársele una tasa de reemplazo equivalente al 87%, en cuantía inicial de 1 smmlv y 14 mesadas anuales, conforme a lo expuesto.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2001	*33*	*43,270*	*76,19*	*1,761*	*$ 286.000,00*	*$ 503.590,02*	*$ 553.949,02*
2002	*296*	*46,580*	*76,19*	*1,636*	*$ 322.277,03*	*$ 527.142,26*	*$ 5.201.137,01*
2003	*360*	*49,830*	*76,19*	*1,529*	*$ 341.000,00*	*$ 521.388,52*	*$ 6.256.662,25*
2004	*360*	*53,070*	*76,19*	*1,436*	*$ 388.833,33*	*$ 558.228,97*	*$ 6.698.747,69*
2005	*360*	*55,990*	*76,19*	*1,361*	*$ 454.458,33*	*$ 618.417,22*	*$ 7.421.006,70*
2006	*360*	*58,700*	*76,19*	*1,298*	*$ 487.500,00*	*$ 632.753,41*	*$ 7.593.040,89*
2007	*360*	*61,330*	*76,19*	*1,242*	*$ 500.416,67*	*$ 621.665,51*	*$ 7.459.986,14*
2008	*360*	*64,820*	*76,19*	*1,175*	*$ 540.000,00*	*$ 634.720,77*	*$ 7.616.649,18*
2009	*360*	*69,800*	*76,19*	*1,092*	*$ 508.083,33*	*$ 554.596,98*	*$ 6.655.163,75*
2010	*360*	*71,200*	*76,19*	*1,070*	*$ 536.416,67*	*$ 574.011,04*	*$ 6.888.132,44*
2011	*360*	*73,450*	*76,19*	*1,037*	*$ 551.666,67*	*$ 572.246,20*	*$ 6.866.954,39*
2012	*31*	*76,190*	*76,19*	*1,000*	*$ 549.322,58*	*$ 549.322,58*	*$ 567.633,33*
Total días	***3600***	***Total devengado actualizado a:***				***2012***	***$ 69.779.062,80***
Total semanas	***514,29***	***Ingreso Base Liquidación***					***$ 581.492,19***
Total Años	***10,00***	***Porcentaje aplicado***					***87%***
		Primera mesada					***$ 505.898,21***
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				***2012***	***$ 566.700,00***

TERCERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEXTO** del fallo de primer grado en cuanto a que **COLPENSIONES** debe reconocer la sustitución pensional en favor de la MARIA EUGENIA CARREÑO DE LLORENTE en cuantía del 100% de 1smmlv a partir del **20 de junio de 2016**, retroactivo que corresponde a la suma de **$90.419.078** (20 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2023), sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando, conforme a la parte motiva de este proveído.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada 1SMMLV***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 566.700,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 589.500,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 616.000,00*	*0,00*	*$ 0,0*
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 644.350,00*	*0,00*	*$ 0,0*
20/06/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 689.455,00*	*8,40*	*$ 5.791.422,0*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 737.717,00*	*14,00*	*$ 10.328.038,0*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 781.242,00*	*14,00*	*$ 10.937.388,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*14,00*	*$ 11.593.624,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*14,00*	*$ 12.289.242,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*14,00*	*$ 14.000.000,0*
01/01/23	***31/10/23***	*13,12%*	*$ 1.160.000,00*	*11,00*	*$ 12.760.000,0*
Total retroactivo				***$ 90.419.078,00***	

CUARTO: REVOCAR el numeral **SÉPTIMO**, y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones aquí expuestas.

QUINTO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 47 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.

Igualmente, se faculta a COLPENSIONES para que de las mesadas adeudadas descuente los valores correspondientes a la indemnización sustitutiva, **en caso de haberse pagado a la demandante.**

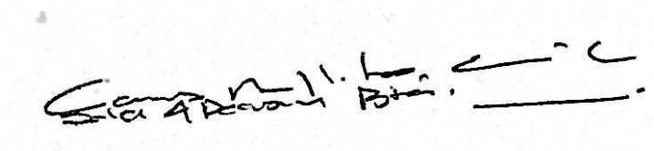
SEXTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado y consultado, por las razones aquí expuestas**.**

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

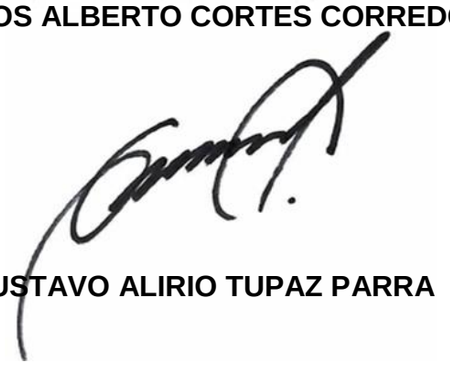
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 DISNEY MADARIAGA QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES (RAD. 28 2021 00182 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el 47 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 07 de septiembre de 2022 *(archivo 21, récord: 40:27)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO**: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ADRES a pagar a la demandante MARIA DISNEY MADARIAGA la indemnización por la muerte de su hija KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO (Q.E.P.D) como consecuencia del accidente de tránsito acaecido el 2 de agosto de 2018 en una cuantía de $19'531.050.*
>
> ***SEGUNDO**: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ADRES, a PAGAR al demandante los intereses de mora sobre la anterior suma de dinero a partir del 1º de mayo del año 2019 y hasta el momento en que se haga el pago de la obligación.*
>
> ***TERCERO**: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción y en consecuencia las demás planteadas por la demandada*
>
> ***CUARTO**: CONDENAR EN COSTAS a la demandada, e inclúyase como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas.*

> ***QUINTO**: En caso de no ser apelada la presente providencia, envíese al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.".*

Inconforme con la decisión la enjuiciada ADRES interpuso recurso[1], manifestando, no estar de acuerdo con la decisión adoptada por el despacho ya que no se tuvo en consideración la glosa impuesta en el trámite administrativo de la reclamación, siendo esta la 5-71, consistente en que, luego de efectuar los cruces con la base de datos suministrados por la ADRES se estableció que la víctima Karen Dayana Madariaga Quintero (q.e.p.d.) por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 02 de agosto de 2018, el Hospital de Sarare y la ESE Moreno y Clavijo tramitaron reclamaciones por servicios de salud prestados a la misma victima con base en el vehículo identificado con placas POB 33D con póliza 13244136399885 expedida por la Previsora Compañía de Seguros con fecha de vigencia del SOAT desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre de 2018, motivo por el cual se desvirtúa que se trataba de un vehículo fantasma porque, como quiera que está comprobado que efectivamente hay una placa de un vehículo motocicleta por el cual se solicitó el pago de los gastos – servicios en salud-, no le asiste razón a la parte demandante ni al juez, pues en su sentir, se trata de una obligación con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud al no tratarse de un

---

[1] ***Recurso demandado ADRES, récord 41:42 "****Conforme al artículo 66 del C.P.T y S.S.., me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por su señoría teniendo en cuenta las siguientes razones:*

En primer lugar, no estoy de acuerdo con la manifestación realizada por el despacho de no tener a consideración la glosa impuesta en el trámite administrativo de la reclamación, la cual es la 5-71 que establece que al efectuar los cruces con la base de datos suministrados por la ADRES se establece que la víctima Karen Dayana Madarriaga Quintero y por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 02 de agosto de 2018, el Hospital de Sarare y la ESE Moreno y Clavijo tramitaron reclamaciones por servicios de salud prestados a la misma victima con base en el vehículo identificado con placas POB 33D con póliza 13244136399885 expedida por al Previsora Compañía de Seguros con fecha de vigencia del SOAT desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre de 2018, motivo por el cual esto desvirtúa las razones que presentar la parte reclamante de que se trata de un vehículo fantasma porque, como quiera que esta comprobado, efectivamente hay una placa de un vehículo motocicleta por el cual s e solicitó el pago de los gastos – servicios en salud, no asistiéndole razón ni a la parte demandante ni al juez e insistir en que se trata de una obligación con cargo a los recursos del sistema de seguridad social en salud al no tratarse de un vehículo fantasma conforme a la glosa impuesta, glosa que no fue desvirtuada por la persona que presentó la reclamación, en este caso la demandante, teniendo la oportunidad para hacerlo,. En este orden de ideas, se trata de una obligación de un cobro de lo no debido demostrándose así, quedando probada esta excepción propuesta por la parte demandada, en el sentido de que esa reclamación fue presentada en el trámite de reclamación establecido para la norma para este tipo de trámites pero no cumplió con los requisitos establecidos, no siendo procedente el reconocimiento en su momento, constituyéndose así la inexistencia de la obligación en cabeza de la ADRES y efectivamente no procede su reconocimiento, igualmente, me permito indicar frente a los intereses moratorios que estos no proceden ya que el articulo 4º del Decreto 1281 de 2002 no establece como tal un término o plazo para el pago de las reclamaciones presentadas ante Fosyga hoy ADRES entonces no existe incumplimiento del plazo establecido en el Resolución 3990 de 2008, debiéndose modificar tal decisión, debe tenerse en cuenta que para su imposición debe manejarse una norma legal y en este caso se reseñó el Decreto 1281 de 2002 de manera alguna fijó un término al Ministerio para el pago de las reclamaciones no siendo procedente el pago de la condena en intereses moratorios y por consiguiente al no ser próspera la pretensiones principal no procede las de condena".

vehículo fantasma conforme a la glosa impuesta, glosa que no fue desvirtuada por la persona que presentó la reclamación.

Igualmente, atacó la condena de los intereses moratorios impuestos, aduciendo, el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002 no establece como tal un término o plazo para el pago de las reclamaciones presentadas ante Fosyga hoy ADRES entonces no existe incumplimiento del plazo establecido en el Resolución 3990 de 2008, debiéndose modificar tal decisión.

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 en las páginas 3 a 5, archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 2 a 3 (ibidem) solicitando:

> **1. <u>Declarativas:</u>**
>
> **1.1** Que se declare que el (la) señor (a) ***Karen Dayana Madariaga Quintero*** (q.e.p.d), falleció el pasado 2 de agosto de 2018, como consecuencia de un accidente de tránsito.
>
> **1.2** Que se declare, que le corresponde a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, como administradora de los recursos de la Subcuenta Ecat del otrora FOSYGA, al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios, por la muerte del (la) señor (a) ***Karen Dayana Madariaga Quintero*** (q.e.p.d).
>
> **1.3** Que se declare que la señora ***María Disney Madariaga Quintero,*** es la única beneficiaria con igual o mejor derecho para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios reclamados, de la que trata el artículo 2.6.1.4.2.11 del decreto 0780 de 2016, tras el fallecimiento del (la) señor (a) ***Karen Dayana Madariaga Quintero*** (q.e.p.d).
>
> **1.4** Que se declare que la señora ***María Disney Madariaga Quintero,*** le asiste el derecho, a que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, reconozca y pague el 100% de la indemnización por muerte y gastos funerarios, en virtud al fallecimiento del (la) señor (a) ***Karen Dayana Madariaga Quintero*** (q.e.p.d).

2. <u>De Condena:</u>

2.1 Condénese a la ***Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-,*** a que reconozcan y pague, el 100% de la indemnización por muerte y gastos funerarios por el fallecimiento del (la) señor (a) ***Karen Dayana Madariaga Quintero*** (q.e.p.d)., como consecuencia de un accidente de tránsito, por el valor de **DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL CINCUENTA PESOS MCTE ($19'531.050)** y a favor de la señora ***María Disney Madariaga Quintero;*** en los términos establecidos por los artículos 2.6.1.4.2.13 y 2.6.1.4.2.11 del Decreto 0780 de 2016.

2.2 Condénese a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-**, a la liquidación y pago de los intereses de mora, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio; sobre el 100% de la indemnización por muerte y gastos funerarios de conformidad con el Articulo 2.6.1.4.3.12. del Decreto 0780 de 2016, desde el 30 de mayo de 2018, fecha en que se debió de haber realizado el pago por la reclamación administrativa; y hasta el pago efectivo de la obligación.

2.3 Condénese en todo lo ultra y extra petita que resulte probado dentro del proceso.

2.4 Condene a la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-**, en costas del proceso y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se condenó a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL ADRES a pagar a la demandante MARIA DISNEY MADARIAGA la indemnización por la muerte de su hija KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO (Q.E.P.D) como consecuencia del accidente de tránsito acaecido el 2 de agosto de 2018 en una cuantía de $19'531.050 junto con los intereses de mora sobre la anterior suma de dinero a partir del 1º de mayo del año 2019 y hasta el momento en que se haga el pago de la obligación y se condenó en costas. **Lo anterior, tras considerar el *a quo,*** del acervo probatorio arrimado al informativo resulta evidente que la razón manifestada por la encartada en la glosa, mediante la cual decide no aprobar la reclamación en virtud de que la misma ya había sido tramitada por las el HOSPITAL DE SARARE y la ESE MORENO Y CLAVIJO, no tiene vocación de prosperidad, toda vez que la misma hace referencia al accidente acaecido con el vehículo de placas POB33D con póliza vigente desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre de 2018, y la madre de la menor manifestó, desde la reclamación inicial, que se desconocían las placas de la motocicleta y que se trataba de un vehículo fantasma.

Expuso, al estar acreditado que la menor KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO falleció el día 2 de agosto de 2018 como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el mismo día mientras transitaba en una motocicleta de placas desconocidas, y que la enjuiciada ADRES tiene una subcuenta para tales eventos, es obligación de esta entidad, a través de la subcuenta ECAT, asumir la obligación del pago de la indemnización y gastos funerarios a los beneficiarios quienes son los padres del causante, que para este caso lo es únicamente la madre MARÍA DISNEY MADARIAGA QUINTERO como parte activa del presente proceso.

Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que el presente asunto se conoce además del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la 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 entidad enjuiciada.

Precisándose, en este punto, la demandada formuló como excepción previa falta de jurisdicción y competencia, aduciendo que este asunto le compete a la jurisdicción civil, la cual fue resuelta en audiencia del 29 de junio de 2023 (archivo 18, récord 03:06), declarándose no probada, tras considerar el *a quo* que la Corte Constitucional mediante auto 817 de 2022, expuso que asuntos como el que aquí se ventila, corresponden a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral al tratarse la víctima de un beneficiario del Sistema de Seguridad Social en Salud que falleció en un accidente de tránsito presuntamente ocasionado por un vehículo sin póliza SOAT.

Para tal fin, se deberá determinar si, es dable ordenar el reconocimiento de la indemnización por muerte y el auxilio funerario junto con el pago de los intereses moratorios a cargo de la enjuiciada ADRES a través de la subcuenta de Seguros de Riesgos Catastróficos y Accidentes de tránsito (ECAT), con ocasión del siniestro acaecido el 02 de agosto de 2018 que produjo el fallecimiento de la menor KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO (Q.E.P.D).

Pues bien, 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 de accidentes de tránsito, S.O.A.T.; no obstante, cuando se está frente a víctimas de accidentes de tránsito de vehículos no asegurados o no identificados, dicho cobro se deberá efectuar ante la subcuenta E.C.A.T.; beneficio con el que también cuentan las víctimas de eventos terroristas y catastróficos (artículos 34 del Decreto 1283 de 1996 y, 2 del Decreto 3990 de 2007).

Actualmente, debe entenderse que el pago de dichos rubros, en virtud de la expedición de la Ley 1753 de 2015 y del Decreto 1429 de 2016, se encuentran en cabeza de 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 FOSYGA; lo que puede observarse claramente definido en el artículo 31 de la última normatividad.

Así mismo, el Decreto 3990 en su artículo 2° establece:

> "*Beneficios. Las personas que sufran daños corporales causados en accidentes de tránsito (...), tendrán derecho a los servicios y prestaciones (...) bien sea con cargo a la entidad aseguradora que hubiere expedido el SOAT…o con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga (...) así: (...). 3. Indemnización por muerte de la víctima. En caso de muerte de la víctima como consecuencia directa del accidente de tránsito o del evento terrorista o catastrófico, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de este, se reconocerá una indemnización equivalente a seiscientos (600) salarios mínimos legales diarios vigentes aplicables al momento del accidente o evento. 4. Indemnización por gastos funerarios. En el evento previsto en el numeral anterior, se reconocerá una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la ocurrencia del accidente o evento.*
>
> *Si la persona fallecida estuviere afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral, los gastos funerarios correrán por cuenta de la Administradora del Sistema General de Pensiones o de la Administradora del Sistema General de Riesgos Profesionales, de conformidad con la regulación de cada uno de los citados Sistemas de Seguridad Social, entidades que podrán repetir contra el SOAT en los casos en que el accidente de tránsito esté cubierto por dicha póliza (...)".*

El artículo 3° ibidem 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 los beneficiarios en caso de muerte, quien por demás es beneficiario según la misma normatividad.

De igual manera, el artículo 4º en cita 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, en original o copia auténtica, según el caso.

Por otra parte, es menester traer a colación el contenido del Decreto 056 de 2015, compilado por el Decreto 780 de 2016, prevé unas reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas o los demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, por parte de la Subcuenta ECAT del Fosyga y de las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT, el cual tiene como objetivo, entre otros, garantizar la atención integral de las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, cuando no exista cobertura por parte del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

Al respecto el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.6.1.4.2.1., establece:

> *"Servicios de salud efectos del presente decreto, los servicios de salud otorgados a las víctimas de accidente de tránsito, de eventos catastróficos de origen natural, de eventos terroristas o de los eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, son los servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, suministrados a la víctima por un prestador de servicios de salud habilitado, destinados a lograr su estabilización, tratamiento y la rehabilitación de sus secuelas y de las patologías generadas como consecuencia de los mencionados eventos, así como el tratamiento de las complicaciones resultantes de dichos eventos a las patologías que esta traía.*
>
> *Los servicios de salud que deben ser brindados a las víctimas de que trata el presente decreto comprenden:*
>
> *1. Atención inicial de urgencias y atención de urgencias.*
> *2. Atenciones ambulatorias intramurales.*
> *3. Atenciones con internación.*
> *4. Suministro de dispositivos médicos, material médico-quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis.*
> *5. Suministro de medicamentos.*
> *6. Tratamientos y procedimientos quirúrgicos.*
> *7. Traslado asistencial de pacientes.*
> *8. Servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico.*
> *9. Rehabilitación física.*
> *10. Rehabilitación mental.*
>
> *El traslado asistencial de pacientes entre las distintas instituciones prestadoras de servicios de salud, se pagará con cargo a los recursos del SOAT o de la Subcuenta ECAT del Fosyga, al valor establecido por el Gobierno nacional. Hasta tanto se*

> *expida la reglamentación correspondiente, se pagará a la tarifa institucional del Prestador de Servicios de Salud.".*

En el mismo decreto se regula la indemnización por muerte y gastos funerarios indicando en el artículo 2.6.1.4.2.11, lo siguiente:

> *"Es el valor a reconocer a los beneficiarios de la víctima que haya fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito, de un evento terrorista, de un evento catastrófico de origen natural u otro evento aprobado.*
>
> *Parágrafo: En el caso de los accidentes de tránsito, para proceder al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios a los beneficiarios, la muerte de la víctima debió haber ocurrido dentro del año siguiente a la fecha de la ocurrencia del accidente en comento.".*

Asimismo, se considera beneficiario y legitimado para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios, el cónyuge o compañero (a) permanente de la víctima, en la mitad de la indemnización y sus hijos en la otra mitad, distribuida en partes iguales. **De no haber hijos, la totalidad de la indemnización corresponderá al cónyuge o compañero (a) permanente; de no existir alguno de los anteriores, serán beneficiaros los padres y a falta de ellos los hermanos de la víctima.** (artículo 2.6.1.4.2.12).

Igualmente, este decreto señala que se reconocerá una sola indemnización por muerte y gastos funerarios por víctima, en cuantía equivalente a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv) al momento de la ocurrencia del accidente de tránsito, del evento terrorista del evento catastrófico de origen natural o del aprobado por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, cuya indemnización deberá ser cubierta por (artículos 2.6.1.4.2.13 y 2.6.1.4.2.17, ibidem):

a) La compañía de seguros cuando se trate de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado esté amparado por una póliza de SOAT;

b) La Subcuenta ECAT del Fosyga cuando se trate de un accidente de tránsito ocasionado por un vehículo no identificado, un vehículo sin póliza de SOAT, un evento catastrófico de origen natural, un evento terrorista u otro evento aprobado por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga.

Conforme lo anterior, descendiendo al caso que ocupa a la Sala, manifiesta la demandante que su hija KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO (q.e.p.d.) falleció el 2 de agosto de 2018 como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en la misma data en el Municipio de Saravena - Arauca, que dicho accidente se produjo mientras que la menor de 17 años transitaba como conductora de una motocicleta sin identificar y que de conformidad con la nota externa No. 201733200110423, expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, el estado de aseguramiento del vehículo es "*Vehículo Fantasma*", al desconocerse las placas del vehículo involucrado en el hecho.

En vista de lo que antecede, la demandante en calidad de madre de la menor fallecida presentó reclamación con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios, bajo el No. radicado 51017837, siendo negado por la entidad mediante oficio No. ADRES-UT-RECL-0542-2019 del 20 de agosto de 2019 (hecho 8º, página 3, archivo 01), al argumentarse:

> *"Al efectuar cruces con la base de datos suministrada por la adres, se evidencia, respecto de la víctima Karen Dayana Madariaga Quintero y por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 02/08/2018, el hospital de Sarare y la ESE Moreno y Clavijo tramitaron reclamaciones por servicios de salud prestados a la misma victima con base en el vehículo de placa POB33D con póliza 13244136399885 expedida por la Previsora Compañía de Seguros y con fecha de vigencia desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre del 2018, es decir, vigente para la fecha de la ocurrencia del accidente por lo que debe aclarar por lo que se incluye en esta reclamación un vehículo fantasma"*

Por su parte la demandada manifiesta que se opone a las pretensiones de la demandante teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar dentro del trámite de auditoría integral en salud, la glosa impuesta por el ente auditor, por lo que no surge ninguna obligación para reconocer y pagar una indemnización por muerte a la promotora de este litigio.

De esta forma, verificado el material probatorio, en primer lugar, tenemos que la señora MARIA DISNEY MADARIAGA QUINTERO, acredita la calidad de beneficiaria de la menor fallecida en el accidente acaecido al ser la madre, conforme se extrae del registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 31168276, aportado en la página 48 del archivo 01. Igualmente, no existen más beneficiarios que puedan eventualmente reclamar la prestación, según se extrae de los hechos de la demanda.

Ahora bien, la encartada impuso la glosa 5-71 argumentando que, según la base de datos respecto de la víctima Karen Dayana Madariaga Quintero y por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 02/08/2018, el HOSPITAL DE SARARE y la ESE

MORENO Y CLAVIJO tramitaron reclamaciones por servicios de salud prestados al vehículo de placa POB33D con póliza 13244136399885, expedida por la Previsora Compañía de Seguros, con fecha de vigencia desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre del 2018, por lo que, en su sentir, no se trata de un vehículo fantasma al estar plenamente identificada la motocicleta.

A fin de dilucidar lo anterior, observa la Sala, se aportó historia del Hospital Moreno Clavijo No. 1586, correspondiente a la fallecida KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO, de la cual se extrae que el 1º de agosto de 2018 ingresó por urgencias por medio de una ambulancia institucional con ocasión a un accidente de tránsito (páginas 30 a 33, archivo 01):

ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE FEMENINA DE 17 AÑOS DE EDAD TRAIDA POR AMBULANCIA INSTITUCIONAL DE VEREDA LA COLORADA, QUEIN REFIERE CC DE 1 HORA DE EVOLUCION CARACATERIZADO POR PRESENTAR CAIDA DE MOTOCICLETA EN CALIDAD DE CONDUCTORA CON TRAUMA EN ABDOMEN Y MIEMBROS SUPERIORES, NO TRAUMA CRANEOENCEFALICO, NO PERDIDA DELESTADO DE CONCIENCIA.

Luego, KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO (q.e.p.d.) fue trasladada al Hospital del Sarare el mismo día siendo las 9:42 p.m., al necesitar un nivel de complejidad avanzado (páginas 34 a 45, ibidem):

ENFERMEDAD ACTUAL

paciente de 17 años de edad quien ingresa remitida de primer nivel por accidente de transito en calidad de conductor quien refiere no se acuerda contra que colicino se observa traumatismo abdominal en region de hipocondrio derecho, ademas de contusion en antebrazo derecho y muñeca izquierda

Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación el 2 de octubre de 2018 describió el suceso, así (página 47):

2. Descripción del asunto (indique brevemente los motivos de la constancia):

EL SUSCRITO ASISTENTE DE FISCAL CUARTO SECCIONAL DE SARAVENA (ARAUCA), HACE CONSTAR QUE EN ESTE DESPACHO SE ADELANTÓ LA INDAGACIÓN CON NÚMERO ÚNICO DE NOTICIA CRIMINAL 817366001229201800275 POR EL DELITO DE HOMICIDIO MODALIDAD CULPOSO, EN LA CUAL FUE VÍCTIMA LA MENOR KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO, TARJETA IDENTIDAD 1005052028, QUE SEGÚN INFORME EJECUTIVO FPJ-3- DE FECHA 03-08-2018 Y ENTREVISTA –FP-14- FECHA 03-08-2018 MADRE DE LA VICTIMA LA SEÑORA MARIA DISNEY MADARRIAGA QUINTERO, QUE REPOSA EN EL EXPEDIENTE Y EN LA CUAL SE EVIDENCIA QUE EFECTIVAMENTE , LA MENOR KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO, SUFRIÓ UN ACCIDENTE DE TRANSITO EL DÍA 02-08-2018 EN ZONA RURAL DEL EN LA VIA QUE CONDUCE DEL CORREGIMIENTO LA ESMERALDA A LA PRIMERA JURISDICCIÓN DEL MUNICIPIO DE ARAUQUITA, SE LE INFORMO A LA MADRE DE LA VÍCTIMA, VÍA TELEFÓNICA DEL ACCIDENTE DE SU HIJA MENOR Y QUE ESTABA SIENDO ATENDIDA EN CENTRO MÉDICO DE DICHO CORREGIMIENTO, SIENDO TRASLADA AL HOSPITAL DEL SARARE DEL MUNICIPIO DE SARAVENA, EN L CUAL FALLECIO HORAS MAS TARDE

MANIFIESTA LA SEÑORA MARIA DISNEY MADARRIAGA QUINTERO - MADRE DE LA VICTIMA QUE SU HIJA LE DIJO LO SIGUIENTE: "QUE EL PRIMO YURHEM ASCANIO LA HABIA MANDADO A BUSCAR SU NOVIA Y QUE CUANDO ELLA TRANSITABA POR LA CARRETERA NO TENIA FRENOS Y SE CAYO LESIONANDOSE EN VARIAS PARTES DEL CUERPO". POR LO CUAL SE PUEDE INDUCIR QUE ERA CONDUCTOR DE UN VEHICULO AUTOMOTOR TIPO MOTOCICLETA QUE NO SE ENCUENTRA IDENTIFICADA EN EL INFORME EJECUTIVO DEL EXPEDIENTE.

LA PRESENTE INVESTIGACIÓN SE ENCUENTRA ACTIVA Y EN ETAPA DE INDAGACIÓN A CARGO DE ESTA FISCALÍA CUARTA SECCIONAL DE SARAVENA (ARAUCA) EN AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES, DESPACHO EL CUAL HA LIBRADO EL CORRESPONDIENTE PROGRAMA METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN CON EL FIN DE DETERMINAR EXACTAMENTE LA FORMA EN QUE OCURRIERON LOS HECHOS Y DE ALLÍ ESTABLECER SI EXISTE RESPONSABILIDAD DE CARACTER PENAL, SI A ELLO HUBIERE LUGAR.

SE EXPIDE LA PRESENTE CONSTANCIA O CERTIFICACIÓN A SOLICITUD DEL APODERADO YHERZON YHOWAN RAMIREZ HERNADEZ, QUIEN ACTÚA EN REPRESENTACIÓN DE LA MARIA DISNEY MADARIAGA QUINTERO C.C. 37 440.582 CON EL FIN DE LLEVAR A CABO RECLAMACION ANTE EL FOSYGA Y/O ENTIDADES PRIVADAS O PUBLICAS.

LOS DATOS APORTADOS EN LA CONSTANCIA SON LOS QUE SE EVIDENCIA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL DE LA REFERENCIA.

Como ya se dijo, la demandada ADRES, insistió en que existe reclamación por parte del HOSPITAL DE SARARE y la ESE MORENO Y CLAVIJO, en virtud del accidente acaecido donde intervino el vehículo de placas POB33D con póliza vigente desde el 29 de septiembre de 2017 al 28 de septiembre de 2018, hecho que no fue soportado en este asunto, teniendo entonces la obligación de desvirtuar la entidad que no se trataba de un accidente de tránsito ocasionado por un vehículo no identificado, nótese, solo obra la imposición de la glosa de manera infundada ya que no se aportó a título ilustrativo las mencionadas reclamaciones de las entidades hospitalarias, con el fin de generar una duda razonable.

Igualmente, la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cuarta de Saravena tras hacer la averiguación del caso, fue quien pudo establecer que se trataba de una motocicleta no identificada el día del suceso, pudiéndose inferir, que se trató de un vehículo fantasma y no, que se identificaba con placas POB33D, pues, se insiste, ninguna prueba obra en tal dirección.

Así las cosas, al estar acreditado que la menor KAREN DAYANA MADARIAGA QUINTERO falleció el día 2 de agosto de 2018 como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 1º de agosto de 2018 mientras transitaba en una motocicleta de placas **desconocidas**, y que la enjuiciada ADRES tiene una subcuenta para tales eventos, no queda más que concluir que es obligación de esta entidad, a través de la subcuenta ECAT, asumir la obligación del pago de la indemnización y gastos funerarios a los beneficiarios quienes son los padres del causante, que para este caso lo es únicamente la madre MARÍA DISNEY MADARIAGA QUINTERO como extremo activo de esta litis.

Aunado a ello, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 3990 de 2007 se debe pagar por concepto de indemnización por muerte 600 salarios **mínimos diarios**, y por auxilio funerario 150, por tanto, y dado que el siniestro acaeció en 2018, se tiene que el valor a pagar por el primer rubro es $15.624.840 y por el segundo, $3.906.210, esto es, un total de **$19.531.050**, mismo monto ordenado en primer grado, siendo procedente confirmar la condena impartida por el *a quo.*

En otro giro, respecto a la condena por **intereses moratorios** solicitada y la cual se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta y atendiendo el recurso de apelación, 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.* (Negrillas de la Sala).

Así las cosas, de la disposición normativa en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios 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.

Conforme a lo anterior, procedió la Sala a verificar la radicación de la reclamación, encontrando que la misma data del 28 de febrero de 2019 con radicado No. 51017837, mientras que el accidente acaeció el 2 de agosto de 2018, por lo que conforme al aludido artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 no hay lugar a intereses moratorios al haberse sobrepasado el término previsto en la ley, pues la demandante debió radicar la reclamación a más tardar el **02 de febrero de 2019**. (páginas 54 y 55 del archivo 05). Igualmente esta situación fue aceptada desde el hecho 7 y 8).

Por tanto, se considera que no hay lugar a intereses moratorios, no obstante, y dado que deviene la depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, es dable reconocer la condena debidamente indexada, por lo que se revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios, para en su lugar ordenar a la A.D.R.E.S. reconocer la condena debidamente indexada.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la enjuiciada ADRES, conforme las motivaciones que preceden, se revocará parcialmente la sentencia de primera

instancia en los términos atrás indicados, conforme las motivaciones precedentemente 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,

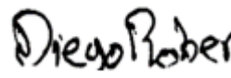
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia, en cuanto se ordenó el pago de intereses moratorios, en su lugar, se **CONDENA** a la A.D.R.E.S. a reconocer y pagar a la demandante **MARIA DISNEY MADARIAGA QUINTERO**, las condenas debidamente **indexadas**.

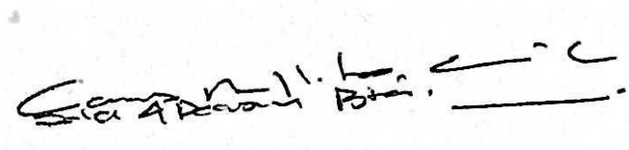
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en los demás, conforme a lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

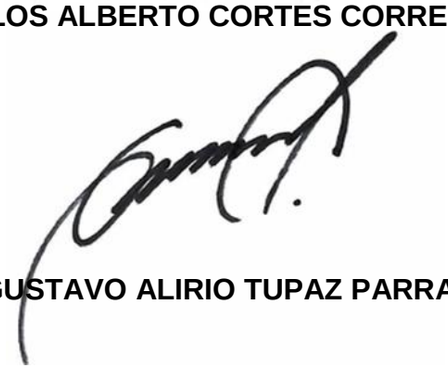
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 LUIS ALBERTO ZAMORA BARONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 28 2022 00083 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de septiembre del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 16, récord: 44:04),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el señor **LUIS ALBERTO ZAMORA BARONA**, **al** régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **1° DE FEBRERO DE 1995**, por intermedio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A**. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR a** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A**., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor **LUIS ALBERTO ZAMORA BARONA** identificado con C.C.16.470.969, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.*

> ***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> ***QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de las demandadas de todas las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR,** por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES**”***

Inconforme con la decisión COLFONDOS S.A. recurre la decisión señalando siempre cumplió con el deber de información, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría a la parte demandante, quien es una persona mentalmente capaz que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores de su representada a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, asegurando no es válido que después de estar varios años afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda tener la anulación de una afiliación completamente legal .

Precisa que el deber de asesoría solo se dio hasta la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, por lo que el formulario de afiliación se ajusta a la ley, como lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, vigente para la fecha en que se realizó la afiliación del actor, por lo que la voluntad expresa en el formulario de afiliación y el ingreso a la parte demandante al RAIS cumple las exigencias legales para tal fin.

Finalmente señala la parte actora no hizo uso del derecho a retractarse de la afiliación al fondo de pensiones, como lo establece el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994. *(Exp. Digital: audio archivo 16, récord: 46:05[1])*

---

[1] **COLFONDOS**

Gracias su Señoría me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de proferir, solicitó a los honorables magistrados se revoque la sentencia anteriormente preferida, sea lo primero en manifestar que en el caso mi representada siempre cumplió con el deber de información, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría a la parte demandante, es una persona mentalmente capaz que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores de mi representada a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces no es válido que después de estar varios años afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda tener la anulación de una afiliación completamente legal, el nivel de información que tiene una

Por su parte COLPENSIONES indica en su recurso que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria de acuerdo al artículo segundo de la Ley 797 del 2003 y, por lo tanto, conforme a Derecho.

Aduce se debe tener en cuenta la prohibición o el condicionamiento que establece el artículo segundo de la ley 797 respecto a que los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les faltaré 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión, prohibición en la que se encuentra inmersa el señor Luis Alberto, medida adecuada, proporcionada y además necesaria que tiene un fin constitucionalmente legítimo y el cual es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común, y que por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus pensiones y así mismo el reajuste periódico, pudieran trasladarse de régimen cuando estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. (*Exp. Digital: audio archivo 16, récord: 48:40*[2])

---

administradora debe advertirse que la existencia del deber de asesoría es solo hasta la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015.

Es claro que el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado, que los traslados realizados por fuera de la vigencia esta disposición y no se les puede exigir, que demuestren circunstancias sobre las cuáles no había obligatoriedad como argumento para responsabilizarla sobre circunstancias que son única y exclusiva responsabilidad del afiliado, Colfondos tiene establecido un procedimiento de capacitaciones dirigidas a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas información necesaria para que entiendan y transmiten la información sobre las características propias del RAIS a los posibles afiliados dada la particularidad de cada caso concreto de la persona encargada de explicar tales condiciones, es el asesor que tramita la solicitud de cada persona, lo cual ocurrió en este caso. El formulario de afiliación se ajusta a la ley, como lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, vigente para la fecha en que se realizó la afiliación con mi representada.

Asimismo, las normas citadas anteriormente, la voluntad expresa en el formulario de afiliación y el ingreso a la parte demandante al RAIS cumple las exigencias legales para tal fin.

Por otra parte, sobre la afiliación al sistema general de pensiones, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha en la cual la parte actora hace toda (sic), adicionalmente la parte demandante no hizo uso del derecho a retractarse de la afiliación al fondo de pensiones administrado por mi representada, como lo establece el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y todo lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior revocar la sentencia de primera instancia. Gracias su Señoría.

[2] **COLPENSIONES**

En este estado la diligencia me permitió presentar recurso de apelación frente al fallo proferido por su despacho, el cual procedo a sustentar a continuación. Como lo manifesté en los alegatos de conclusión, me opongo a las pretensiones solicitadas por el señor Luis Alberto Zamora quien pretende que se declare la nulidad del traslado y la afiliación realizada con la AFP Colfondos, esto por cuanto la misma se realizó conforme a Derecho, tal como se evidencia en el libelo demandatorio y en lo manifestado por el demandante

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 a 6, del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8, ibídem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene a Colfondos S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, igualmente se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación en el RPM y recibir los aportes y demás rubros devueltos por el fondo privado, se condene a Colfondos al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes y costas del proceso. En subsidio solicita se declare la nulidad o la inexistencia del traslado de régimen efectuado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS a devolver a **COLPENSIONES** para que traslade los aportes pensionales o cotizaciones, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

---

en la audiencia, ya que el afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, en ese sentido conforme al artículo segundo de la Ley 797 del 2003, por lo tanto, conforme a Derecho.

Asimismo, no es ajeno para mí su postura, señora juez, y la postura de la honorable Corte Suprema de Justicia frente a las nulidades e ineficacias del traslado. Sin embargo, respetuosamente me aparto de dicho análisis, también teniendo en cuenta la prohibición o el condicionamiento que establece el artículo segundo de la ley 797 respecto a que los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les faltaré 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión, prohibición en la que se encuentra inmersa el señor Luis Alberto. Esa normatividad fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C 789 el 2002 y la 1024 del 2004 respecto a que se consideró en primera medida que es una medida adecuada, proporcionada y además necesaria que tiene un fin constitucionalmente legítimo y el cual es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común, y que por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en un futuro el pago de sus pensiones y así mismo, el reajuste periódico pudieran trasladarse de régimen cuando estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. En ese sentido, presentado mi recurso señora Juez.

debidamente indexado, discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES, así mismo, ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceder a actualizar su historia laboral.

Lo anterior, tras considerar que en estricto acatamiento de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos es obligatorio que la AFP en donde se dio la afiliación o el traslado el régimen pensional, acredite las condiciones en que se habría dado esa determinación acreditando el suministro de información suficiente para que de alguna manera el afiliado pudiera seleccionar dentro de un esquema de suministro adecuado de información o de consentimiento informado, relevándose del análisis de los vicios del consentimiento, precisando en el caso concreto, no obra en el informativo una prueba verdaderamente idóneo incontrastable que permita deducir lo acontecido para el momento del traslado y específicamente qué información habría recibido el 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 2002[3].

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del actor donde se registra como fecha de nacimiento el 29 de marzo de 1958 *(Archivo 01*

[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".*

expediente digital pág. 21), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS el 23 de junio del 2020 y ante COLPENSIONES el 7 de octubre del 2021 *(Páginas 37 a 40 y 41 a 44 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 apenas había prestado servicios por **662.29**[4] semanas al MINISTERIO DE AGRICULTURA (*ver Historia Laboral válida para bono pensional pág. 8 Archivo 12 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 bien lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, 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 **23 de enero de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1 de febrero de 1995** *(Páginas 4 y 5 Archivo 12 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.

4

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
N 899999028	MINISTERIO DE AGRICULTURA	LABORAL	CENISS	22/07/1981	29/06/1992	3996	$0	
N 899999028	MINISTERIO DE AGRICULTURA	LABORAL	CENISS	30/06/1992	31/12/1994	915	$264,911	

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
4636	662.29	0	0.00	0	0.00	4911	701.57	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 4636 SEMANAS: 662.29

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS — DIAS: 4911 SEMANAS: 701.57

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], 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.

"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

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*
>
> *(…).*

---

beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 accionante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora 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, tan solo le dijeron que el ISS pronto se acabaría y que el trámite del traslado iba a ser supremamente fácil.

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

[7] Audiencia 18 de septiembre de 2023 récord: 11:43 Archivo 16

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 4, Archivo 12 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -COLFONDOS- 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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(23 de enero de 1995, efectivo el 1 de febrero de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Ahora, con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLFONDOS 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 el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertada, la decisión impuesta por la 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.

Sin embargo, 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. también deben retornar las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[8] y debidamente indexadas.

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***

[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> ***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 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)

Ahora, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado 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 el accionante afiliado 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 4[9] que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3[10] 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, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es

---

[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 (…)".*

decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[11], a favor de quien se surte la consulta (páginas 26 y 27, *Archivo 8 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.

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 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,

[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 6 de julio del 2023 (Archivo 10 expediente digital).

R E S U E L V E

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 el demandante estuvo aparentemente afiliado 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 DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NOHRA ELENA CATAÑO LOPEZ DE MESA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 28 2022 00094 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio del 2023 *(Audiencia virtual archivo 14, expediente digital, récord 42:48)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRUBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción formulada por la UGPP que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR FALTA DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.*
> ***TERCERO**: Las COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de la demandante. Señalándose como agencias en derecho la suma de $100.000 a favor de cada una de las demandadas.*
>
> ***CUARTO**: Si no fuere apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior por haberle resultado adversa a la demandante"*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la parte actora, la apeló señalando que hasta el 1º de enero de 1993 el Instituto de Seguro Social se convirtió en una empresa industrial y comercial del Estado y que desde ese momento su poderdante tiene la calidad de trabajadora oficial, precisando que para los periodos que aparecen en el CETIL como empleada pública, corresponden a un momento en que el ISS aún no era empresa industrial y comercial del estado, reiterando la actora pertenecía a al sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL por lo que solicita se le concedan los derechos que contempla el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo. *(Audiencia virtual archivo 14, expediente digital, récord 43:45*[1]*)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NOHRA ELENA CATAÑO LOPEZ en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 5, Archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 5 y 6 (ibídem) solicitando se condene a la UGPP a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de enero del 2015, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente 100% del promedio de lo percibido durante los últimos 3 años de servicio exclusivo al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos, al pago del mayor valor entre la pensión reconocida por Colpensiones y la Pensión Convencional, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita.*

[1] **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** Su señoría, encontrándome dentro de la etapa procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación teniendo en cuenta lo siguiente, téngase presente y pues le solicitó al honorable tribunal superior del Distrito de Bogotá, que hasta el año 1993, esto es exactamente 1º de enero de 1993, el Instituto de Seguro Social se convirtió en una empresa industrial y comercial del Estado y que desde ese momento, pues mi poderdante, tiene la calidad de trabajadora oficial y pertenece al sindicato, es decir, que para los periodos que efectivamente en el CETIL aparece como empleada pública, pues corresponde a un momento en que el instituto de seguros sociales aún no era empresa industrial y comercial del estado, adicional a eso su señoría se probó, que mi representada efectivamente tenía derecho o pertenecía a SINTRASEGURIDAD SOCIAL y era parte del sindicato, por lo que le solicitó nuevamente, y de manera respetuosa al Honorable Tribunal que revise este tema, tema que será sustentado adecuadamente en el momento pertinente y pues le conceda los derechos que contempla el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, nuevamente, pues en su momento se sustentará adecuadamente dicho recurso, por lo que así dejo estipulado mi recurso.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, tras considerar que si bien la vigencia de la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL era entre los años 2001 a 2004, lo cierto es que, el artículo 98 de la misma estipuló concretamente una temporalidad diferente, en tanto que, conforme el artículo 98, la misma se extiende hasta el año 2017; por lo que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, esta tenía vigencia hasta el año 2017, No obstante, la demandante únicamente acreditó como trabajadora oficial 17 años y 9 meses de servicios prestados al ISS comprendidos entre el 1° de abril de 1997 al 31 de diciembre de 2014, no cumpliendo con uno de los requisitos establecidos en la norma convencional para ser beneficiaria de la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, ya que no reúne los 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS, como trabajadora oficial.

Así las cosas, para resolver en primer lugar valga señalar inicialmente, como el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, se tiene que fue aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fechado el 31 de octubre del 2001 (páginas 153 a 222, archivo 08, expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 222, ibíd.)[2], sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora, precisándose en lo que atañe a la vigencia de la convención se venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data, sin embargo resulta

[2] Del 31 de octubre de 2001, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS fijó una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.°, la cual se extiende hasta el **2017**, por lo que ese plazo inicialmente pactado por las partes ha de respetarse, quedando por determinar ahora si para el año 2017 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada. (*Al respecto ver sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020*)

Precisado lo anterior, frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que la demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES conforme lo señala la CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- así (*Archivo 1 expediente digital, págs. 31 a 35)*:

PERIODOS CERTIFICADOS								
Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte
27-07-1989	26-01-1990	LABORAL	PÚBLICO	Odontólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES
27-01-1990	10-06-1990	LABORAL	PÚBLICO	Odontólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES
11-06-1990	31-03-1997	LABORAL	PÚBLICO	Odontólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES
23-06-1992	26-06-1992	INTERRUPCIÓN						
22-06-1993	25-06-1993	INTERRUPCIÓN						
26-12-1994	31-12-1994	INTERRUPCIÓN						
01-04-1997	31-12-2014	LABORAL	OFICIAL	Odontólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES
11-08-2003	15-08-2003	INTERRUPCIÓN						

De este modo, y para resolver la apelación de la demandante, parte la Sala por estudiar lo que toca a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, precisándose ya ha tenido oportunidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de precisar que tales funcionarios por regla general, primero fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

Así, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015[3] y siguiendo lo dispuesto en la sentencia CC C-579-96, cuyos efectos fueron hacia el futuro **a partir del 20 de noviembre de 1996**, se precisó que quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha eran

[3] Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

funcionarios de la seguridad social. Estos, a su vez, según lo disponía el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, declarado parcialmente inexequible en aquella providencia, se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y, por lo mismo, no propiamente contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplían funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.

Así pues, solo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del ISS. Así lo explicó la Corporación:

> *«Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:*
>
> *Art. 3º.- Funcionarios. Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*
>
> *Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.*
>
> *Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).*
>
> *Posteriormente, mediante el art. 1º del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9º ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:*
>
> *Art. 33.- Son empleados públicos:*
> *1. El Presidente del Instituto;*
> *2. El Secretario General;*

3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;
8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.
Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal.

Por su parte, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1º del D. 1754/1994, refirió textualmente:

El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:
Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos.

> *Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.*
>
> *Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:*
>
> *Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero.*
>
> *Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexequibles, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutiva que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.*
>
> ***Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso**:*
>
> *Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.*
>
> *A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:*
> *1. Presidente del Instituto.*
> *2. Secretario General y Seccional.*
> *3. Vicepresidente.*
> *4. Gerente.*
> *5. Director.*
> *6. Asesor.*
> *7. Jefe de Departamento.*
> *8. Jefe de Unidad.*
> *9. Subgerente.*
> *10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.*
> *11. Jefe de Sección.*
> *12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
> *13. Los Servidores Profesionales y Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*
> *"**B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.*** (Resalta la Sala).

En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977[4] y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues **sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.**

[4] Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

Así las cosas, se tiene que conforme a lo inicialmente explicado por vía jurisprudencial, al haber ostentado la demandante el cargo de ODONTOLOGA desde el 27 de julio de 1989 y hasta el 31 de diciembre del 2014 en el Instituto de Seguros Sociales, esto es, en un lapso anterior a los efectos mencionados en la sentencia C-579 de 1996, es claro que tuvo la calidad de **FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL o EMPLEADA PÚBLICA del 27 de julio de 1989 y hasta el 19 de noviembre de 1996** y como TRABAJADORA OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 31 de diciembre del 2014.

Razón por la cual, para efectos de la pensión aquí reclamada, solo se puede tener en cuenta el último de los periodos citados en el cual ostentó la calidad de TRABAJADORA OFICIAL, es decir, del **20 de noviembre de 1996 al 31 de diciembre del 2014** (*conforme lo certificado por el CETIL tuvo una interrupción del 11 de agosto del 2003 al 15 de agosto del 2003 pág. 31 Archivo 1 expediente digital),* esto es, por espacio de 6516 días, equivalentes a **18 años, y 30 días.**

Ahora, en el artículo 98 del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, establece (página 186, archivo 08, expediente digital):

> *"**ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN***
>
> *El Trabajador Oficial que cumpla **veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto** y llegue a la edad de cincuenta y cinco **(55) años si es hombre** y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*
>
> *(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
> *(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
> *(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de los percibido en los cuatro últimos años de servicio.*
>
> *Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:*
>
> *a. Asignación básica mensual*
> *b. Prima de servicios y vacaciones*
> *c. Auxilio de alimentación y transporte*
> *d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
> *e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados*

> *No obstante, lo anterior cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (…)".*

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio -**20 años**- en calidad de **trabajador oficial** tanto en el ISS como en cualquier entidad de derecho público, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose, el mismo como se vio no fue acreditado por la señora NOHRA ELENA CATAÑO LOPEZ DE MESA ya que tan solo ostento como trabajadora oficial al servicio del ISS **18 años y 30 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión convencional solicitada.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022 señaló:

> *"Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego, **otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación**. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:*
>
> > *´… En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del 11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo. **Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: "El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (…)".***
> >
> > *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional. ´*
>
> *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.*
>
> *Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia **05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:***

> *«[…] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las "convenciones colectivas de trabajo" previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»*
>
> *En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.*
>
> *Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.*
>
> ***Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.****" (Subrayado por la Sala).*

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto la demandante, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, de acuerdo a las consideraciones expuestas**.**

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, a cargo de la parte 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 ORLANDO CARREÑO CASTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 32 2022 00058 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **CAROLINA BUITRAGO PERALTA**, como apoderado de la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 832.



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 grado jurisdiccional de consulta en favor del DEMANDANTE de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de junio del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 16 Grabación Audiencia, Récord: 1:29:58),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación formulada por COLFONDOS S.A. y presunción de legalidad de los actos jurídicos e inexistencia del derecho reclamado formulada por COLPENSIONES, conforme a las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO ABSOLVER** a las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Orlando Carreño Castillo.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante y a favor de las demandadas. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del 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 del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (*Páginas 8 y 9 del archivo 03 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 5 a 7, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado del RPM a la A.F.P COLFONDOS, en consecuencia se ordene a dicha AFP devolver a Colpensiones el correspondiente bono pensional, debidamente indexado, junto con los intereses moratorios, costas y agencias en derecho o en subsidio solicita se declare la nulidad del traslado de régimen. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y lo condenó en costas.

Lo anterior, al considerar que en el caso que nos ocupa, la consecuencia de declarar la ineficacia al traslado es precisamente dejar sin efecto el acto jurídico del traslado y retornar las cosas al estado anterior, luego, como el demandante no estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida no puede

existir retorno alguno a este régimen, adicionalmente, al no tener afiliación alguna al régimen de prima media con el extinto Instituto de Seguros Sociales para la época en que la demandante decidió afiliarse no tuvo la oportunidad de ofrecer la asesoría correspondiente pues, insistió, el actor decidió desde un principio optar por el régimen de ahorro individual, concluyendo el fallador que no es posible el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida como quiera que nunca se afilió a dicho régimen, sumado a que el demandante decidió escoger el régimen de ahorro individual.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

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 2 de abril de 1961 *(Archivo 09 expediente administrativo)*, por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 4 de febrero del 2020 *(Página 125, Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- (*vinculado al Ministerio de Educación desde julio de 1981 hasta abril de 1993 conforme historia laboral aportada por Colfondos págs. 89 a 95)* por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **616.43**

[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".*

semanas (*pág. 122 Archivo 01 expediente digital)*[2], 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, en cuanto al hecho de que el demandante estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación a Colfondos *(pág. 124 Archivo 01 y página 105, archivo 07)* baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del Sistema General de Pensiones (artículo 151 - Ley 100 de 1993), vinculado al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4[3] 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 del estudio de la ineficacia del traslado del actor, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3[4] de la

---

2

En virtud de lo anterior, y como se evidencia en la siguiente imagen, usted no puede ser beneficiario del traslado por el régimen de transición, dado que no cumple con el requisito 11.3.1., ya que según la consulta de la historia laboral reportada en la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Crédito y Hacienda Publico reporta 616.43 semanas y no las 750 que se requieren.

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
4315	616.43	0	0.00	0	0.00	4315	616.43	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	4315	SEMANAS:	616.43	DIAS:	4315	SEMANAS:	616.43

3 *"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."*

4 *"(...) 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 (...)".*

misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Advirtiéndose igualmente, si bien, de acuerdo a la documental que obra en el proceso, el accionante efectuó las cotizaciones al RPM de julio de 1981 al mes de abril de 1993 (*págs. 89 a 95 Archivo 01 expediente digital) y* efectuó el traslado a la AFP COLFONDOS el día 30 de mayo del 2001, iniciando cotizaciones en ese régimen en tal mes (*Ver Historia Laboral página 101, archivo 01),* sin que se aprecien aportes en dicho interregno *-mayo de 1993 al mes de abril del 2001-*, debe decirse, no tiene relevancia el hecho de que el actor hubiese dejado de efectuar cotizaciones al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, dicho de otro modo, que se encontrara inactivo, por cuanto no puede perderse de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, precisándose en este particular caso, el actor ya venía con una afiliación previa a CAJANAL.

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces 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 **30 de mayo del 2001** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio del 2001** (*páginas 103 y 105, archivo 07 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y el reporte SIAFF.

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

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[5], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

[5] *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** del actor al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante *(Audiencia del 28 de junio del 2023, Récord: 18:20 Archivo 16)*, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue el empleador a donde ingresó a laborar CRUZ BLANCA EPS quien le indicó que para poder ingresar a laborar debía afiliarse a uno de los fondos privados, escogiendo el actor el formulario de Colfondos.

En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS *(pág. 105 Archivo 07),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 del aquí demandante, la COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de mayo del 2001, efectivo el 1º de julio de la misma anualidad),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera y en atención a las consideraciones aquí expuestas se revocará la decisión de primer grado.

Todo lo anterior, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».*

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

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

sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)».

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

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

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

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (*Archivo 08 expediente digital, páginas 37 y 38*[7]) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

[7] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 25 de agosto del 2022 (Archivo 10 expediente digital)

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, ordenando a la demandada COLFONDOS S.A., efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado. De igual modo, COLFONDOS S.A. deberá devolver los 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 el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera serán a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

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

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 **ORLANDO CARREÑO CASTILLO** el 30 de mayo del 2001 (efectivo el 1° de julio del 2001) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

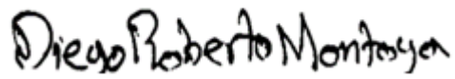
TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A.,** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado.

CUARTO: 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.

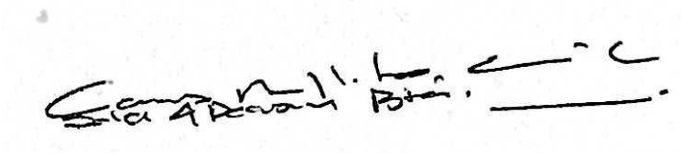
QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los valores trasladados de las **AFP COLFONDOS,** a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP COLFONDOS, favor del demandante.

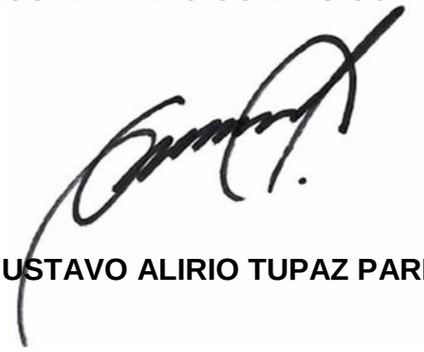
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 MARIA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE CONTRA COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (RAD. 32 2022 00154 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 SKANDIA, PORVENIR 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 05 de septiembre de 2023 (*21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento, récord 1:28:12*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por las demandadas y* ***DECLARAR PROBADA*** *la excepción formulada por la llamada en garantía denominada "Inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.", conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO.- DECLARAR*** *la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante* ***MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE*** *a través de* ***PORVENIR S.A.****, de fecha 14 de octubre de 2005, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> ***TERCERO.-*** *Como consecuencia de lo anterior,* ***CONDENAR*** *a la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *a trasladar con destino a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. 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* ***PORVENIR 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.- CONDENAR *a la demandada* ***SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *a trasladar con destino a* ***COLPENSIONES*** *las sumas deducidas por concepto de 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* ***SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *con cargo a sus propios recursos.*

QUINTO.- ORDENAR *a la demandada* ***COLPENSIONES*** *a recibir a la demandante* ***MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE*** *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 nulo. Para el efecto* ***COLPENSIONES*** *deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

SEXTO.- ABSOLVER *a la llamada en garantía* ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.*** *de las pretensiones incoadas en su contra.*

SÉPTIMO.- CONDENAR *en costas a las demandadas y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv por cada una de ellas. Así mismo,* ***CONDÉNESE*** *en costas a la demandada* ***SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *y a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv.*

OCTAVO. - *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 SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

COLPENSIONES manifestó[1], se debe tener en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una

[1]***Recurso Colpensiones, récord 1:36:25, archivo 21:*** *"Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala laboral, con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por el juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.*

Solicito al honorable tribunal se tenga en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho, cuando el afiliado le faltará 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que estuviesen 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 en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados

vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta norma limitó ese 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 de regresar el régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al 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 de 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, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la corte constitucional en sentencia. C- 789 de 2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 al indicar que la única

---

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 AL 01 de 2005 que buscan proteger tal principio.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que no le son las aplicables las disposiciones dispuestas por la Corte Constitucional en la sentencia, C 789 2012 0224 de 2004, SU 0622 1010 y SU 130 2013 para retornar en cualquier tiempo, como quiera que según la historia laboral aportada y que se encuentra en el expediente, para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones la demandante contaba con un aproximado de 180 semanas cotizadas, por todo lo anterior, se tiene que la demandante, solicitó el traslado al régimen de prima media administrado por pensiones hasta el 14 de enero de 2020 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para esa data contaba con 67 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 María Consuelo Montes de Álzate se encuentra inmersa dentro de la provisión legal de traslado y por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de mi representada tener como afiliada a la demandante del régimen de prima media en salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera. En igual sentido se solicita se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia CU 062 de 2010 en relación a estudiar rentabilidad por medio del cual 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 realizarlo 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, para 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. 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 que celebró la demandante y el fondo privado y estos actos jurídicos tienen efectos inter-partes, por lo cual mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada conforme a lo anteriormente expuesto".

condición prevista la cual exige límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado es que la afiliada acredite ser beneficiaria del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, situación que en el presente caso no se da como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 la demandante contaba con un aproximado de 180 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Igualmente, narró, la demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 14 de enero de 2020 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 67 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 demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente tenerla como afiliada del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que decida trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falte al menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado, 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, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, se remitió al principio de relatividad jurídica, alegando, Colpensiones es un tercero en un acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Por su parte, la demandada PORVENIR, adujo[2], resulta improcedente la condena sobre indexación de gastos de administración, comisiones y sumas previsionales, como quiera que, ante la eventual condena, el reintegro de rendimientos financieros, los rendimientos de por sí son sumas superiores a esa eventual orden y permiten de por si a Colpensiones, cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera el fondo en su respectivo momento.

Narró, teniendo en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar esa rentabilidad mínima de cada una de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media.

Igualmente, de manera ilustrativa, expuso, varios tribunales del país han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso con radicación 2021 - 111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el

[2] ***Recurso PORVENIR, récord 1:31:51, archivo 21: "****De manera muy respetuosa, presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho, solo en lo que respecta al numeral segundo, en lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos:*

Señores magistrados, teniendo en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar esa rentabilidad mínima de cada una de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media.

Igualmente, de manera ilustrativa es pertinente mencionar que varios tribunales del país han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso con radicación 2021 111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el Tribunal Superior de Cali en sentencia promovida por el señor Edison Ricardo González, con radicación 2022 234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de los rendimientos financieros de sus afiliados compensan la depreciación de poder adquisitivo de la moneda que pudiera ser presentado respecto a los emolumentos que se ordenaron retornar, por lo tanto, ordenar que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero, señor magistrados es sin duda alguna ponerle una doble sanción por cuanto sin duda alguna y sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática. Se hace más que evidente que los rendimientos financieros que obtuvo este demandante por la correcta gestión administrativa que realiza mi representada, que superó los mínimos establecidos por el por el órgano de vigilancia a partir de un acto jurídico que celebró esta demandante con plenos efectos. Con creces, pues supera esa posible pérdida del poder adquisitivo los dineros de la actividad representados en sus aportes pensionales Por lo anterior, de manera muy respetuosa solicito al despacho revocar de manera parcial la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada. Muchas gracias".

Tribunal Superior de Cali en sentencia promovida por el señor Edison Ricardo González, con radicación 2022 - 234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de los rendimientos financieros de sus afiliados compensan la depreciación de poder adquisitivo de la moneda que pudiera ser presentado respecto a los emolumentos que se ordenaron retornar, por lo tanto, ordenar que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero es imponer una doble sanción.

Por su parte, la codemandada SKANDIA[3] atacó la orden dirigida a devolver los seguros previsionales, gastos y comisiones debidamente indexados, bajo el

[3] ***Recurso SKANDIA, récord 1:33:59, archivo 21****: "Siendo la etapa personal correspondiente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho, en aras de que el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representaba tendiente a devolver los conceptos de los seguros previsionales, gastos y comisiones debidamente indexados, sustento el recurso en que no es factible que mi representada retorne dichos emolumentos, toda vez que ya fueron descontados y acaecidos durante el periodo de permanencia a la señora demandante con mi representada como quiera que se utilizaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se utilizaron para darle la administración y tenerla asegurada para riesgo de invalidez y sobrevivientes.*

Conforme se ha venido indicando con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello un conjunto de obligaciones para la AFP que represento y en favor de cada uno de los afiliados, conforme lo establecido en la ley, entre ellas es, administrar la cuenta de ahorro individual y generarle unos rendimientos, bien sea los que exige la ley y los que puede ofrecer el fondo de pensiones mediante unas gestiones administrativas que se ven representados mediante los gastos o comisiones de administración que se le descuentan a la demandante, dichas administraciones o dichas gestiones administrativas van encaminadas a realizar todos aquellos movimientos financieros en aras de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual mediante los rendimientos que está ofreciendo mi representada, motivo por el cual en el presente fallo se está desconociendo dicho trabajo todavía es que se está ordenando devolver unos emolumentos ya causados a favor de la señora demandante, lo cual genera un enriquecimiento sin justa causa, toda vez que no solamente se está desconociendo el trabajo que realizó mi representada, sino que asimismo se enriquece la administradora Colpensiones con unos dineros adicionales, como los rendimientos que se ordenaron también en el presente fallo, de la misma manera respecto a los seguros previsionales de seguros previsionales, van encaminados a cubrir dos conveniencias que una vez es la invalidez y la otra sobrevivencia, y en caso que la demandante hubiese cumplido algunos requisitos para adquirir si hubiese sufrido algún siniestro de ellos, mi representada hubiese tenido la obligación de responder por aquellos seguros de invalidez y sobrevivencia de la ejecutoria del contrato de aseguramiento, bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la consecuencia de este regreso automático es que las cosas vuelvan a su estado inicial, pues también lo es que le corresponde la Juez hacer un estudio objetivo en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas al asistirle buena fe a la AFP conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993. Es más gravosa la situación en frente de los seguros, toda vez que mis representada SKANDIA nunca ha administrado dichos riesgos de invalidez, sobrevivencia y el porcentaje destinado para dichos seguros previsionales ya fue pagada una aseguradora a 1/3 que se llamó un juicio en el presente proceso, motivo por el cual reitero, se causa un perjuicio económico a mi representada, toda vez que tienen que retornar no el dinero de los cuales se benefició de la señora demandante durante el lapso de afiliación con mi representada.

Si los magistrados consideran que no se puede revocar la condena impuesta a mi representada, solicito muy respetuosamente no condenar a SKANDIA sobre los conceptos que han se ser retornados de manera indexada, pues sabiendo en cuenta ya varios pronunciamientos de varios tribunales de varias ciudades, como la de Medellín, es importante indicar que en radicado 0152 1019 531, se manifestó que no hay lugar a imponer condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que a la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la compensación con la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que hubiese sufrido por el lapso del tiempo, por todo lo anterior, respetuosamente , solicito, revocar las condenas aquí impuestos o subsidiariamente, que si se confirma el fallo, no condenar a aquellos".

entendido que no es factible que la AFP retorne dichos emolumentos, toda vez que ya fueron descontados y acaecidos durante el periodo de permanencia de la demandante, como quiera que se utilizaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para darle la administración y tenerla asegurada para los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Agregó, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello un conjunto de obligaciones para la AFP y en favor de cada uno de los afiliados, conforme lo establecido en la ley, entre estas, administrar la cuenta de ahorro individual y generar unos rendimientos, bien sea los que exige la ley o los que puede ofrecer el fondo de pensiones mediante unas gestiones administrativas que se ven representados mediante los gastos o comisiones de administración que se le descuentan a la demandante, dichas administraciones o dichas gestiones administrativas van encaminadas a realizar todos aquellos movimientos financieros en aras de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual mediante los rendimientos que está ofreciendo mi representada, motivo por el cual en el presente fallo se está desconociendo dicho trabajo al ordenarse devolver unos emolumentos ya causados a favor de la demandante, lo cual genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Añadió, de la misma manera respecto a los seguros previsionales, estos van encaminados a cubrir el riesgo de invalidez y sobrevivencia, y en caso que la demandante hubiese cumplido algunos requisitos si hubiese sufrido algún siniestro, la AFP hubiese tenido la obligación de responder por aquellos seguros de invalidez y sobrevivencia en virtud del contrato de aseguramiento, bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la consecuencia de este regreso automático es que las cosas vuelvan a su estado inicial, también lo es que le corresponde la juez hacer un estudio objetivo en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas al asistirle buena fe a la AFP conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993. Indicó, es más gravosa la situación frente a los seguros, toda vez que mis representada SKANDIA nunca ha administrado dichos riesgos de invalidez, sobrevivencia y el porcentaje destinado para dichos seguros

previsionales ya fue pagado una aseguradora que se llamó a juicio en el presente proceso, motivo por el cual se causa un perjuicio económico a la AFP, toda vez que tiene que retornar el dinero de los cuales se benefició la demandante durante el lapso de afiliación.

Finalmente señaló, existen varios pronunciamientos de los tribunales de varias ciudades, como Medellín, siendo importante indicar que en radicado 0152 1019 531, se manifestó que no hay lugar a imponer condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que a la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la compensación con la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que hubiese sufrido por el lapso del tiempo.

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 MARIA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda *(Archivo 01 expediente digital, páginas 5 y 6*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Archivo 01 expediente digital, páginas 2 a 5)*, aspirando:

> **PRIMERA: SE DECLARE** que la **AFP PORVENIR S.A** faltó al deber de informar de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad; los riesgos, beneficios y desventajas.
>
> **SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de mi poderdante del **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA** al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** por resultar **INEFICAZ** la afiliación a la **AFP PORVENIR S.A**
>
> **TERCERA: DECLARAR** que los subsiguientes traslados entre administradora resultan igualmente ineficaces y no producen ningún efecto jurídico alguno.

CUARTA: DECLARAR que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES** y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos jurídicos al no haberse realizado en forma libre y espontánea.

QUINTA: SÍRVASE ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

SEXTA: **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reactivar la afiliación del demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la **AFP PORVENIR S.A** actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante.

SEPTIMA: **CONDENAR** a las demandadas a pagar los costos y agencias derecho al demandado.

OCTAVA: se condene extra y Ultra Petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declararon no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y probada la excepción formulada por la llamada en garantía denominada “Inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.”, se declaró la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE a través de PORVENIR S.A., de fecha 14 de octubre de 2005, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo, se ordenó trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. 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 condenó a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con cargo a sus propios recursos, se ordenó a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE 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 nulo. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y se condenó en costas.

Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

[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*

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 15 de diciembre de 1952 (*Páginas 20 y 21, Archivo 01, Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2009, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de marzo de 2022 (páginas 26 a 29 del archivo 01), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **182,14** semanas de servicios prestados (*Archivo 04 expediente digital pág. 117)*[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.

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 **14 de octubre de 2005** con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre de 2005** *(Páginas 81 y 80 archivos 04 del expediente digital)* por afiliación que hiciera PORVENIR,

---

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".

5

HISTORIA HASTA 31/03/1994

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1275	182.14	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS DIAS: 1275 SEMANAS: 182.14

HISTORIA TOTAL

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2846	406.57	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS DIAS: 2846 SEMANAS: 406.57

El número de semanas se calculó con días calendario

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
7018200274	COLEGIO ANTONIA SANT	11/02/1985	02/03/1985	$14.610	2,86	0,00	0,00	2,86
7018200274	COLEGIO ANTONIA SANT	06/02/1986	01/08/1986	$17.790	25,29	0,00	0,00	25,29
7016200145	COODECALDAS LTDA	06/10/1989	19/02/1991	$79.290	71,71	0,00	0,00	71,71
7018200283	COL NTRA SRA DEL ROS	02/03/1992	30/11/1992	$136.290	39,14	0,00	0,00	39,14
7018200283	COL NTRA SRA DEL ROS	02/02/1993	30/11/1993	$197.910	43,14	0,00	0,00	43,14
7018200589	CORP.P.EL DESARROLLO	06/04/1994	30/11/1994	$350.000	34,14	0,00	0,00	34,14

específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

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

deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido*

consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[7], 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que le informaron que el extinto ISS se acabaría, que tendría mejores rendimientos en PORVENIR, siendo más rentable por la mesada pensional que recibiría y que se podría pensionar con antelación con una mesada alta.

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.

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

---

[8]***Interrogatorio de parte demandante, récord 0:14:56, archivo 21:*** *"Soy psicóloga con especialización en riesgos profesionales y riesgos psicosocial, soy independiente de terapia en apoyo psicológico, no estoy pensionada, en octubre de 2005 fue una reunión que nos convocaron al grupo que estábamos en una Cooperativa llegó un funcionario y dijo que el ISS se acabaría y que debíamos pasarnos a un fondo privado, yo le cálculo entre 8 o 10 minutos, fue un momento de información que se acababa el Seguro Social y que era ventajoso entrara a Porvenir, nos daban la seguridad que si se acababa el Seguro Social nos daban la pensión, fue una reunión rápida y fugaz, dijeron que pasaba a Colpensiones y que esa era la sumatoria para tener la pensión, no me hablaron sobre rendimientos, aportes, herencia, fueron como 8 o 10 minutos, fue corta la reunión, ellos hacían todas las vueltas donde yo trabajaba, a nosotros nos llevaban todo listos para firmar, yo creí de que con Porvenir tenía una posibilidad de ahorro y aumento de la mesada, no me indicaron los factores que influían, me faltó información, mucha más, en absoluto me indicaron que podía retractarme, yo ya tenía 52 años, ni siquiera me dijeron algo, no me informaron algo, yo mire como estaba mi fondo y Porvenir me dijo que no tenía todas las porputas que yo tenía, no tenía la seguridad con el salario mínimo, no me encontré conforme con la explicación que me dieron, el asesor me dijo que tenía 2 opciones, una la demanda, que por eso me dirijo al Doctor y le pregunte cómo era todo para devolverme a Colpensiones, eso nos pasó a todo el grupo de la empresa con quienes trabajaba, no he radicado queja por la falta de información, en el 212 me afilié a Skandia porque empecé a trabajar con una UTL prestando asesoría y todos los papeleos eran en Bogotá y yo vivía en Manizales, cuando hacen el posicionamiento lo único que el pasan a uno son papeles para firmar, llamé a Skandia y me pasan un asesor y durante ese mismo año me devolvieron a Porvenir, la estadía fue muy poca, por eso me devolvieron a Porvenir, ellos no me daban las garantías que necesito para pensionarme, solo les pedí el favor que me devolvieran ahí porque tenía en el 2005 la creencia y confianza de que me iba a pensionar bien ahí, me motiva presentar la demanda cuando me acerco a Porvenir y me dicen que no requiero las semanas y que necesitaba más semanas para poderme pensionar, yo asombrada porque venía trabajando desde el 75 y creía que tenía las semanas yo pregunté por qué con ese salario y ahí es donde me dicen que debo interponer una demanda", lo que estaba cotizando me daba en 3 millones y pico y ahora 1 smmlv".*

afiliación a PORVENIR (*Página 81 Archivo 04 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2005 cuando se produjo el traslado del aquí demandante, 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 **(solicitud del 14 de octubre de 2005 y efectiva el 01 de diciembre de 2005),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral segundo de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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.

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 PORVENIR S.A. de los aportes efectuados junto con sus rendimientos, 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 actora ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos, conceptos que, al momento de cumplirse esta orden, 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.

Asimismo, SKANDIA S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*ver SIAFP pág. 80, Archivo 04 expediente digital)*, deberá trasladar con destino las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados con cargo a sus propios recursos, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, debe precisarse ésta Sala de Decisión adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que SKANDIA deberá retornar los **bonos pensionales, rendimientos** y **aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima** debidamente indexados e igualmente, estos 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.

Respecto a PORVENIR, deberá retornar los bonos pensionales debidamente indexados y discriminados.

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, siendo un punto apelación por parte de PORVENIR y SKANDIA, 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 rendimientos, gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, punto de apelación de PORVENIR y SKANDIA, 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 No. 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).

Es de advertir a PORVENIR y SKANDIA 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 COLPENSIONES[9] *(Página 68 a 69 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 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

[9] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de agosto de 2022, archivo 12 expediente digital.*

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos expuestos y se confirmará la sentencia 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

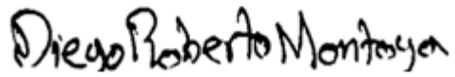
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **CUARTO**, en el sentido de **CONDENAR** a SKANDIA S.A. a retornar los **rendimientos** y **aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima** debidamente **indexados** e igualmente, estos conceptos deberán aparecer **discriminados** con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a retornar los bonos pensionales debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

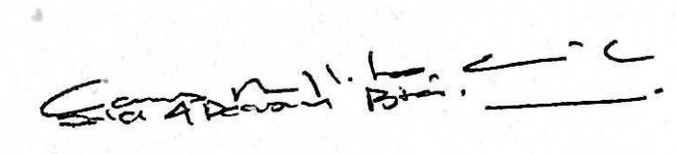
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

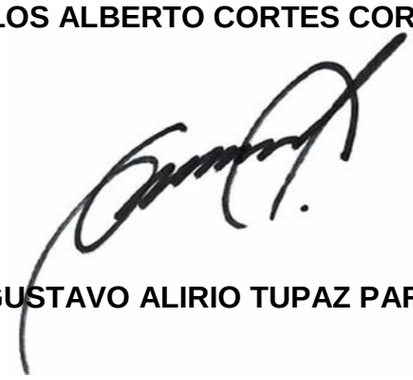
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

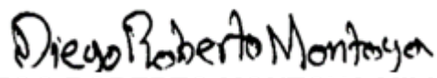
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA PATRICIA HERNANDEZ LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 34 2021 00154 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado **JOHANN DAVID TAPIAS SALAZAR**, como apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE** en su calidad de representante legal de la firma **UNION TEMPORAL W&WLC UT**.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de julio de 2023 (*Exp. Digital, archivo 35 récord: 1:12:57),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante **GLORIA PATRICIA HERNANDEZ LOPEZ,** el 25 de febrero de 1997, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA S.A.,** actualmente **SOCIEDAD AFP PROTECCION** y con su posterior traslado horizontal a la **SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A.***
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con*

motivo de la afiliación de la demandante GLORIA PATRICIA HERNANDEZ LOPEZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, ***SIN LUGAR*** *a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro provisional.*

TERCERO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones analizadas en la parte motiva de la presente providencia.*

CUARTO: CONDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de GLORIA PATRICIA HERNANDEZ LOPEZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES *a cargo de la demandada* ***SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A****., liquídense por secretaría incluyendo la suma equivalente a* ***1 SMLMV*** *por concepto de agencias en derecho.*

SEXTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión, conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.".*

Inconforme con la decisión el apoderado de Colpensiones argumentó que al trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media a la demandante, se está violentando la prohibición legal que indica que una persona que le falten menos de 10 años, para cumplir la edad para acceder a la pensión, no puede trasladarse de régimen pensional, debiendo mantenerse en el régimen de ahorro individual.

Expresa el traslado de régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales y en pleno uso de sus facultades legales y conforme a las normativas vigentes para la época del traslado, no se evidenció ni error, fuerza o dolo en dicho acto jurídico, por lo cual debe entenderse como eficaz, indicando tampoco hay una lesión injustificada en el derecho pensional del derecho de la Seguridad Social de la demandante, pues lo que la trae a este proceso es una pretensión meramente económica, lo cual, no es una vulneración al derecho constitucional de Seguridad Social de la demandante, ya que tanto en el régimen de ahorro individual o en el régimen de prima media, cuando cumpla los requisitos, va a recibir la pensión conforme a los criterios allí establecidos.

Finalmente considera se está vulnerando el principio de la sostenibilidad financiera del sistema ya que los dineros que maneja Colpensiones son dineros de un régimen subsidiado del cual depende tanto de las pensiones que se pagan en este momento, como las futuras pensiones, y si bien es cierto, las AFP van a devolver los aportes que tienen en sus arcas a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, eventualmente la entidad tendrá que sacar de sus arcas para cubrir

las prestaciones legales de la demandante, lo cual afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. (*Exp. Digital, archivo 35 récord: 1:16:55*[1]*)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5, del archivo 03), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 1 a 4, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes, derechos *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 25 de febrero de 1997, ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. que reintegre a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLORIA PATRICIA HERNANDEZ LOPEZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

[1] 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:

Al trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media a la demandante, se está violentando la prohibición legal que nos indica que una persona que le falten menos de 10 años, para cumplir la edad para acceder a la pensión, no puede trasladarse de régimen pensional, debiendo mantenerse en el régimen de ahorro individual.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado decretada por el a quo, esta defensa en contraposición, tiene que dicho traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales con la demandante en pleno uso de sus facultades legales. El traslado inicial se realizó conforme a las normativas vigentes para la época del traslado, no se evidenció ni error, fuerza o dolo en dicho acto jurídico, por lo cual debe entenderse como eficaz. Ahora bien, tampoco hay una lesión injustificada en el derecho pensional del derecho de la Seguridad Social de la demandante, lo que la trae este proceso es una pretensión meramente económica, lo cual, reitero, no es una vulneración al derecho constitucional de Seguridad Social de la demandante, ya que tanto en el régimen de ahorro individual o en el régimen de prima media, cuando cumpla los requisitos, va a recibir la pensión conforme a los criterios, en este caso del régimen de ahorro individual, que es en el cual debería pensionarse.

Ya para terminar, señores magistrados, en cuanto a la sostenibilidad financiera del sistema, es alto el perjuicio que se realiza a la entidad Colpensiones, ya que hay que tener en cuenta que los dineros que maneja Colpensiones son dineros de un régimen subsidiado del cual dependen tanto de las pensiones que se pagan en este momento, como las futuras pensiones, y si bien es cierto, las AFP van a devolver los aportes que tienen en sus arcas a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, eventualmente la entidad tendrá que sacar de sus arcas para cubrir las prestaciones legales de la demandante, lo cual afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. En estos términos, dejó sustentada la APP señores magistrados. Muchas gracias.

o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de cuotas de administración o primas de seguro provisional y ordenando a COLPENSIONES aceptar dichos valores. **Lo anterior tras considerar,** 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 idónea incontrastable que permita deducir lo acontecido para el momento del traslado de régimen y específicamente qué información habría recibido la demandante por parte de Protección para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 18 de diciembre de 1965 (pág. 17 archivo 03 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR y PROTECCIÓN el 3 de noviembre del 2020 y ante COLPENSIONES el 18 de noviembre de 2021 (pág. 109 a 111, 112 a 113 y 114 a 115, archivo 03), 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 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según

[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".*

las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con **226.86** semanas[3] (pág. 88 Archivo 10 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 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 febrero de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1º de abril de 1997** (páginas 32 y 34, archivo 09), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito por la demandante a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN.

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.

3

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 1002100010 - 11	CERVECERIA DEL LITORAL S A	LABORAL	TRADICIONAL	08/05/1987	21/07/1987	75	$47,370	
P 1008203775 - 11	FAJARDO PINZON Y DE CASTRO	LABORAL	TRADICIONAL	08/02/1990	31/05/1991	478	$70,260	
P 1008203775 - 11	FAJARDO PINZON Y DE CASTRO	LABORAL	TRADICIONAL	01/06/1991	31/03/1992	305	$79,290	
P 1008203775 - 11	FAJARDO PINZON Y DE CASTRO	LABORAL	TRADICIONAL	01/04/1992	28/02/1993	334	$89,070	
P 1008203775 - 11	FAJARDO PINZON Y DE CASTRO	LABORAL	TRADICIONAL	01/03/1993	15/06/1994	472	$111,000	

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
1588	226.86	0	0.00	0	0.00	1664	237.71	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	1588	SEMANAS:	226.86	DIAS:	1664	SEMANAS:	237.71

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

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

[4] *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 CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por*

> *transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una

expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«[…]* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)».*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en

---

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

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

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

el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando ingresó a laboral a la UNIVERSIDAD SANTO TOMAS, el asesor de COLMENA le dijo que el ISS estaba en crisis y que ello podía afectar su pensión aunado a que los rendimientos serían mayores.

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

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 -COLMENA hoy PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

---

[6]***Interrogatorio demandante, récord 15:36, archivo 35***

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.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(25 de febrero de 1997, efectivo el 1 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 SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 81, Archivo 10 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 la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora *(ver certificación página 84, archivo 10 expediente digital*), de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente con todos sus frutos e intereses o rendimientos, 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 adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por el Juez *a quo* y PROTECCIÓN, **deberán también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**[7] y **los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[8], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

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

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

Con relación al 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

---

[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*

sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede incluso de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por otro lado, conviene precisar en punto a la apelación de COLPENSIONES, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un

traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Páginas 35 a 37 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 CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., trasladar a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por el Juez *a quo,* el saldo que se encuentre en la cuenta

[9] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 16 de febrero del 2022, Archivo 19 expediente digital.*

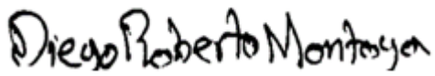
de ahorro individual de la demandante con sus respectivos **rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a dichas administradoras, conforme lo considerado.

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

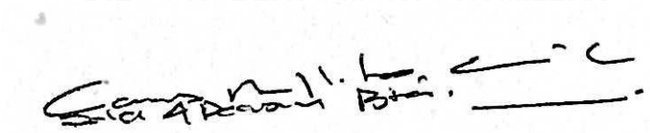
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

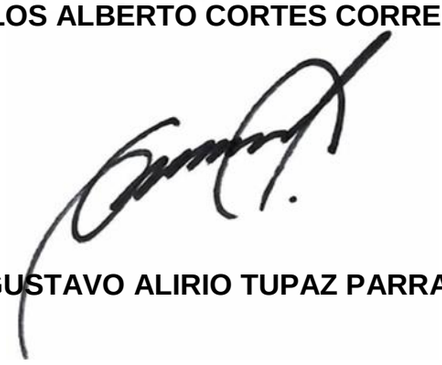
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



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 PATRICIA DEL PILAR DELGADO CANDIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 35 2022 00565 01)

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de octubre 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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1° de septiembre del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:14:46),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación 12 de agosto de 2004, efectiva desde el 01 de octubre de 2004, por MARÍA PATRICIA DEL PILAR DELGADO CANDIA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a AFP PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA PATRICIA DEL PILAR DELGADO CANDIA, los saldos de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus frutos e intereses y gastos de administración. Para lo cual se otorga un término de 60 días.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A con motivo de la afiliación de MARÍA PATRICIA DEL PILAR DELGADO CANDIA, los saldos de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus frutos e intereses, gastos de administración. Adicionalmente, actualizar la historia laboral de la demandante con la información aportada por la AFP Porvenir.*
>
> ***QUINTO:*** *CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A; liquídense por secretaría incluyendo la suma de $1.000.000 por concepto de agencias en derecho.*
>
> *Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-.*
>
> ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifiesta que no se dan los presupuestos procesales para la aplicación de la ineficacia del acto de afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad.

Expresa que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y se debe tener en cuenta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados.

Solicita en caso de confirmarse la decisión, autorizar a Colpensiones para que obtenga por las vías pertinentes el valor de los perjuicios judiciales que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante, como también se ordene a Porvenir abstenerse de hacer deducciones por seguros de invalidez y sobrevivencia que contribuirían con la descapitalización del sistema pensional y del régimen de prima media.

Finalmente peticiona, no se condene en costas ni en primera ni en segunda instancia, toda vez que al ser Colpensiones un tercero de buena fe, lo único que hizo fue aceptar la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual,

teniendo en cuenta la normatividad vigente. *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:16:38[1])*

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

CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 2 y 3, del archivo 2 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 ineficacia del traslado al RAIS, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. proceda a trasladar a Colpensiones todo los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales,

[1] **APODERADO COLPENSIONES:** Sí, señora juez, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, a efectos de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de cada uno de los cargos impuestos teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Lo primero señalar que, no se da integra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto atendiendo al principio de indivisibilidad, pues son las autoridades administrativas las allí competentes, caso tal en la que mi representada Colpensiones no resultaría afectada. Ahora bien, debe tenerse en cuenta honorables magistrados que, aceptar que esta declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado, contribuye con la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Téngase en cuenta que la sentencia C-1024 del 2004, la SU-062 del 2010 y la SU-130 del 2013, la Corte Constitucional en materia de traslado manifestó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Asimismo, la sentencia T-469 de 2010 señala que, no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de 10 años (inaudible) para concretar su pensión de vejez, entren a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago es financiera del sistema general de pensiones.

Téngase en cuenta que Colpensiones, no tiene previsto dentro de sus aras presupuestales, el reconocimiento de una pensión de vejez de la demandante, cuál sería la consecuencia de aceptar el traslado de la demandante del régimen de prima media.

Ahora bien, en gracia de discusión si se confirma la sentencia de primera instancia ruego Honorables Magistrados. en primera medida hoy ordenar a los fondos, ordenar al fondo la AFP PORVENIR, no realizar deducciones por concepto de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional. Como segundo ruego, Honorables Magistrados autorizar a Colpensiones, obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestos para tal fin, originados en este caso de la comisión de un tercero.

Como tercero, rogar Honorables Magistrados, que mi representada no sea condenada en costas y agencias en derecho, ni en primera ni en segunda instancia, toda vez que fue un tercero de buena fe que respeto la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse de régimen pensional y de permanecer allí por más de 20 años. Ahora bien, debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados, que dichos rubros contribuirán con la descapitalización del sistema general de pensiones, siendo Colpensiones un tercero de buena fe. Ahora bien, dejó así sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, igualmente se ordene a Colpensiones recibir tales valores, 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 a PORVENIR, en consecuencia, ordenó a dicho fondo, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales junto con sus frutos e intereses y gastos de administración; condenó a Colpensiones a recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra que nació el 11 de junio de 1960 *(Página 47, Archivo 2 expediente digital)*, 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 PORVENIR y COLPENSIONES el 7 de diciembre del 2022 *(Páginas 39 a 41 Archivo 2 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

[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".*

servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema **227.71**[3] semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones Archivo 13 expediente administrativo pág. 213*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de agosto del 2004** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre de ese año** *(Páginas 100 y 102 expediente digital Archivo 2)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y el registro SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

3

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 mayo/2023
ACTUALIZADO A: 12 mayo 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**11/06/1960**
Número de Documento:	**38255619**	Fecha Afiliación:	**04/07/1984**
Nombre:	**MARIA PATRICIA DEL PILAR DELGADO**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**CL 128 D #45 CASA 16**	Ubicación:	**Urbana**
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
1008216251	CONTECOL LTDA	04/07/1984	01/12/1984	$21.420	21,57	0,00	0,00	21,57
1008225919	INGENIERA CONCIMEL L	10/04/1987	31/07/1987	$39.310	16,14	0,00	0,00	16,14
1003702287	OMICRON INGENIEROS A	15/09/1987	23/07/1991	$99.630	201,14	11,14	0,00	190,00
830045826	LAR INGENIEROS ASOCI	01/02/1999	28/02/1999	$1.120.000	0,00	0,00	0,00	0,00
830045826	LAR INGENIEROS ASOCI	01/03/1999	31/03/1999	$200.000	0,00	0,00	0,00	0,00
							[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	227,71

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del

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

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.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ*

como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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*

"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.

> *cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de Porvenir le manifestó que el ISS se iba acabar y que podía perder el dinero que tenía allí, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP 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, 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 100, Archivo 11 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le

[6] Audiencia 1° de septiembre del 2023 Audio archivo 18 (récord: 12:11)

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

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

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

Así, por ejemplo, en sentencia 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:

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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 2004, 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 **(12 de agosto del 2004 , efectivo 1° de octubre de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora*,* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación 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 virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones y conforme a los argumentos de apelación de esta demandada, esta Sala de Decisión ordenará que además de lo anterior, la accionada PORVENIR, también deben devolver a COLPENSIONES, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con

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

cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

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

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

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo*

[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados****, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

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

generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Páginas 28 y 29 Archivo 12 expediente digital)*, entidad ésta 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, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de lo dispuesto

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 1° de agosto del 2023, archivo 14 expediente digital.

por la Juez de primer grado, las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a 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.

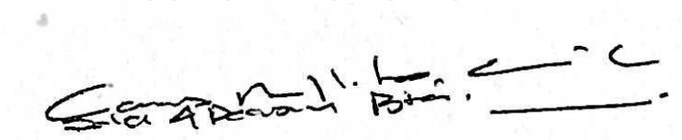
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

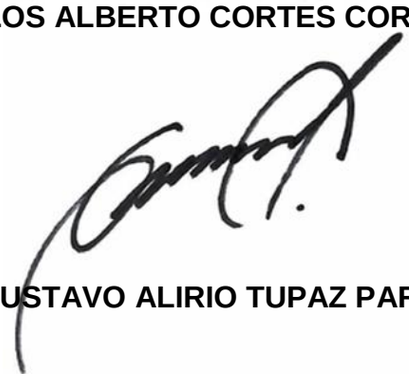
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN JOSE MELGAREJO FIGUEROA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 36 2022 00313 01).

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **CLAUDIA MARCELA CLAVIJO** RICO, como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por **LIZETH JOHANNA DÍAZ SERRANO** en su calidad de representante legal de la firma **VICTORIA JURIDÍCA 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 PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de agosto del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 24, récord 36:02),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado efectuado por JUAN JOSÉ MELGAREJO FIGUEROA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de agosto de 1999, a través de la AFP HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A.*

> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a PORVENIR a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFF y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deben ser debidamente indexadas, Así mismo deberá entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.*
>
> *Dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con HORIZONTE como el que directamente estuvo con PORVENIR.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.*
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en COSTAS a PORVENIR y a COLPENSIONES. Liquidándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos ($1.000.000).*
>
> ***SEXTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente sentencia, a favor de COLPENSIONES, según las reglas del artículo 69 del C.P.T. y la S.S.''*

Inconforme con la decisión PORVENIR apela la decisión frente a la condena de la indexación, solicitando se tenga en cuenta lo establecido por el Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali, quienes han puesto de presente que si se pagan rendimientos, que son dineros actuales, no se puede generar una entrega de dineros también indexada, ya que eso genera una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

Precisando es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de cada uno de los afiliados y demandantes, no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario y, por el contrario, ha generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media con prestación definida *(Exp. Digital: audio archivo 24, récord 38:21[1])*

---

[1] **APODERADO DE PORVENIR S.A** Gracias, su Señoría, de manera muy respetuosa, presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho solo en lo concerniente al numeral segundo, en todo lo que respecta a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos, señores magistrados, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de cada uno de sus afiliados.

Es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de cada uno de estos de estos afiliados y demandantes, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, ha generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media con prestación definida. De manera ilustrativa, señores Magistrados, quisiera mencionarles que varios Tribunales del país han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de Julio del año 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Felisa León Poveda, con radicación 2021 00111, y también en sentencia del 25 de Julio del año 2022, el Tribunal Superior de Cali, el proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo Regalado González, con radicación 2022- 00234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de los rendimientos de estos

COLPENSIONES por su parte solicita se revoque la condena en costas, bajo el entendido que representaría un detrimento patrimonial por decisiones en las que su representada no tenía injerencia, toda vez que, era el fondo privado quien, en su momento, a través del asesor comercial, debió brindar el debido asesoramiento al demandante y por tanto Colpensiones es un tercero de buena fe, que le resulta oponible esta pretensión. *(Exp. Digital: audio archivo 24, récord 37:39[2])*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 6, del archivo 01 expediente digital),* 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 al RAIS en consecuencia se condene a Porvenir a realizar el traslado a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes con sus respectivos rendimientos financieros, bonos y comisiones por administración, así mismo se ordene a Colpensiones activar la afiliación en el RPM, condena en costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de**

---

afiliados a Colpensiones compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto a los emolumentos que ordenaron retornar.

Por lo tanto, señores magistrados, ordenar que Porvenir, indexe cualquier suma de dinero es sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto sin duda alguna y sin que resulte pues necesario realizar alguna operación matemática, se hace más que evidente, que los rendimientos financieros que obtuvo este demandante por la correcta gestión administrativa de mi representada, que como se destacó en los alegatos de conclusión, fueron superiores al 69% del total de la cuenta de ahorro individual, generándole para el año 2022, época en que se radicó la concesión de la demanda por 309'884.709 pesos. Por lo tanto, mi representada, pues ostenta la prueba suficiente para determinar que mi representada realizó la correcta gestión financiera y administrativa a favor de este afiliado que le generaron esos referidos rendimientos financieros, a partir de pues un acto jurídico informado que celebró este demandante, con plenos efectos jurídicos y que con creces superan a esa posible pérdida del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto a los emolumentos que ordenan retornar.

Por lo tanto, de manera muy respetuosa, solicito a los Honorables Magistrados, revocar de manera parcial la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada. Muchas gracias.

[2] **APODERADO DE COLPENSIONES:** Muchas gracias su Señoría interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral en lo concerniente al numeral quinto de la sentencia que condenó a mi representada en costas.

Frente a esta condena, solicito respetuosamente se revoque la misma como quiera que representaría un detrimento patrimonial por decisiones en las que mi representada no tenía injerencia. Toda vez que, como se ha expuesto, era el fondo privado quien, en su momento, a través del asesor comercial debió brindar el debido asesoramiento al demandante y por lo tanto COLPENSIONES, es un tercero, ajeno y de buena fe que le resulta oponible esta pretensión. Por lo anterior, señores magistrados, solicito respetuosamente se revoque dicho numeral y se absuelva a mi representada del mismo.

primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por el señor JUAN JOSE MELGAREJO FIGUEROA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de agosto de 1999 a través de HORIZONTE hoy PORVENIR, ordenando a la AFP a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados. Asimismo, se ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes e imputarlos a la historia laboral del demandante y declaró no probada la excepción de prescripción.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

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

[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".*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de septiembre de 1964 *(Página 24, Archivo 03 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de abril del 2022 y ante PORVENIR el 11 de abril del 2022 *(Páginas 25, 26 y 32 Archivo 01 expediente digital),* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir la edad del 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 al sistema **38.29** semanas entre el 13 de mayo de 1985 y el 1º de abril de 1994 (*historia laboral válida para bono pensión Página 82, Archivo 11 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.

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 1003701601 - 11	SERVIMOS LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	13/05/1985	01/08/1985	81	$14,610	
P 1006200124 - 11	CAJA CREDITO AGR IND Y MINE	LABORAL	TRADICIONAL	23/10/1985	06/11/1985	15	$25,530	
P 1006200124 - 11	CAJA CREDITO AGR IND Y MINE	LABORAL	TRADICIONAL	01/01/1986	05/02/1986	36	$25,530	
P 1006200124 - 11	CAJA CREDITO AGR IND Y MINE	LABORAL	TRADICIONAL	24/02/1986	31/07/1986	158	$25,530	
P 1008238250 - 11	CLINICA FUNDADORES Y CIA.LT	LABORAL	TRADICIONAL	23/06/1993	21/07/1993	29	$298,110	
P 1008224601 - 11	CHARLES SCHMEDLING ASOCIADO	LABORAL	TRADICIONAL	02/06/1994	15/07/1994	44	$350,000	

HISTORIA HASTA 31/03/1994

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
268	38.29	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 268 SEMANAS: 38.29

HISTORIA TOTAL

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2088	298.29	0	0.00	10	1.43

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS: 2078 SEMANAS: 296.86

El número de semanas se calculó con días calendario

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de junio de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de 1999** (págs. 74 y 78, *Archivo 11*

expediente digital), por afiliación que hiciera a Horizonte hoy Porvenir, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.
En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima*.
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la*

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

nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A. antes HORIZONTE.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[5], 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 la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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*

---

ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)»*.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[6], no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de Horizonte le indicaron que en dicho fondo podía escoger la edad para pensionarse incluso a los 55 años, la mesada sería más alta allí que en el ISS, sumado a que el ISS se iba acabar y podía perder sus aportes.

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 orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

---

[6] ***Interrogatorio absuelto por el demandante (récord 13:09) Audio archivo 37***

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Horizonte hoy Porvenir (página 78, archivo 11), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.
En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos*

regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
...
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de junio de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de 1999),** el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[8] y de manera indexada, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

---

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo 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."***

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

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

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

> *«****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 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, atendiendo la apelación de PORVENIR 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).

Es de advertir en este punto a PORVENIR, 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 interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (*página 22, Archivo 7*), 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

[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 mediante auto del 3 de noviembre de 2022 (Archivo 13 expediente digital).*

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 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 y a Porvenir, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

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

R E S U E L V E

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

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

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 ELENA CHICA HOYOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 40 2021 00139 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de septiembre del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 37 Grabación Audiencia, Récord: 1:55:46),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante Señora Claudia Elena Chica Hoyos, identificada con C.C. 43.518.172, traslado que realizo en el año 1998 del régimen solidario de prima media con prestación, al régimen de ahorro individual, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con las razones expuestas en esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la demandante Claudia Elena Chica Hoyos ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, de conformidad con lo expuesto.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** no probados las excepciones formuladas por las demandadas, tal y como se indicó en esta decisión.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a las demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, Claudia Elena Chica Hoyos, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a*

> *los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando estos se rediman.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez el Fondo de Pensiones aquí demandado es decir Porvenir traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante, con sus respectivos valores, IBC es decir Índice Base de Cotización y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización de la demandante.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, incluyendo en su liquidación agencias en derecho, a favor de la parte demandante, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente absolviendo de costas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones*
>
> ***SEPTIMO:** consultar esta decisión con el Tribunal Superior de Bogotá Sala de decisión laboral en lo desfavorable a COLPENSIONES, tal y como se indicó en precedencia.".*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia 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 subsanación de la demanda (*Páginas 5 y 6 del archivo 08 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 y 5, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación efectuada en Porvenir en octubre de 1998, en consecuencia se ordene devolver las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados, costas del presente proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en 1998 al RAIS, en consecuencia, ordenó a Porvenir a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, así mismo, ordenó a

COLPENSIONES que una vez se efectué el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, en el expediente milita copia de una certificación de la Notaria Tercera del Circulo de Medellín en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de octubre de 1967 *(Página 19, Archivo 08 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 y Colpensiones el 4 de mayo del 2021 *(Páginas 52 a 63, Archivo 08 expediente digital)* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad 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- pues para esa fecha ni tan siquiera se encontraba vinculada al sistema de seguridad social en pensiones, en

[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".*

tanto ello se dio solo hasta el 14 de septiembre de 1994[2] (*Historia laboral válida para bono pensional pág. 96 Archivo 21 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, 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 **9 de octubre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre de 1998** (*páginas 91 y 95, archivo 21)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

2

HISTORIA LABORAL

HISTORIA VALIDA PARA BONO

HISTORIA LABORAL MASIVO ISS/COLPENSIONES 1967 - 1994

NIT/PATRONAL	PATRONAL: 1989813127 (11 - FACTURACION CAN)	NOMBRE EMPLEADOR	CHICA HOYOS CLAUDIA ELENA

Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	14/09/1994	31/12/1994	S	S	$ 100,000	

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (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:*

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020.*

> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

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

noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

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

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

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

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

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

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

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

principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(...).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al 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

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 (…)"*

---

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[5] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1998 llegó la asesora de Porvenir e hizo una reunión y explicó que el ISS se iba acabar y que Porvenir era una buena opción pues recibiría una mesada más alta con más rentabilidad y que se podía pensionar a los 57 años, razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR *(pág. 95 Archivo 21 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

[5] *Interrogatorio del demandante, audiencia del 18 de abril del 2023 - Récord 31:18.*

consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

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

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 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 **(9 de octubre de 1998, efectivo el 1º de diciembre de 1998),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo en que permaneció afiliada a esa administradora.

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

> *"(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que*

> *Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

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

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

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

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

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

> *que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

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

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

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo 17 expediente digital páginas 19 y 20*[6]) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y su recurso de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR 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.

---

[6] Se tuvo por contestada mediante auto del 8 de junio del 2023 (Archivo 32 expediente digital)

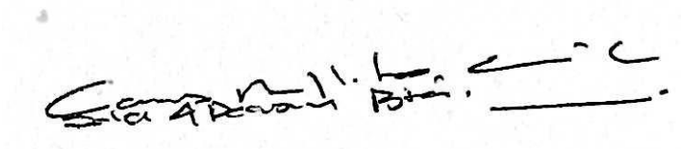
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

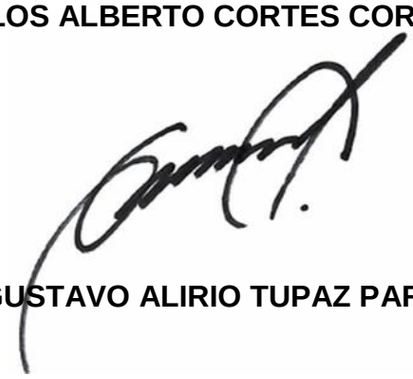
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

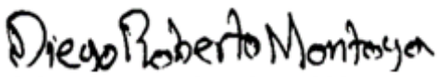
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO ALBERTO LARROTA SÁENZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y MAPFRE SEGUROS VIDA S.A. (RAD. 40 2022 00139 01).

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

AUTO

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 en la escritura No. 1281, como abogado adscrito 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 los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de agosto de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 44, récord: 2:59:05),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante Jairo Alberto Larrota Sáenz, identificado con la C.C. 19.418.015, realizado en el año 1996 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de*

ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en esta decisión.

***SEGUNDO: DECLARAR** que el demandante Jairo Alberto Larrota Sáenz ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, tal y como se indicó en esta decisión.*

***TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las aquí demandadas, de conformidad con lo expuesto.*

***CUARTO: CONDENAR** a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; Protección Pensiones y Cesantías S.A. y a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, Jairo Alberto Larrota Sáenz, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, y causados durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una de estas, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.*

***QUINTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones aquí demandados trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC es decir (índice base de cotización) y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.*

***SEXTO: ABSOLVER** a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. del llamamiento en garantía realizado por la AFP Skandia S.A., conforme a las razones expuestas en esta decisión.*

***SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante; absolviendo de costas a las demás administradoras de fondos de pensiones, incluida Colpensiones.*

Condenar en costas a Skandia S.A. a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., señalando como agencias en derecho a favor de esta ultima el equivalente a un (1) SMLMV.

***OCTAVO: CONSÚLTAR** esta decisión con el Tribunal Superior de Bogotá- Sala de Decisión, en lo desfavorable a los intereses de Colpensiones.".*

Inconforme con la decisión la entidad COLPENSIONES[1], interpuso recurso manifestando, el traslado del señor Jairo Alberto Larrota Sáenz no es procedente

[1] ***Recurso Colpensiones (récord: 3:06:21, archivo 35):**"Su señoría, de forma respetuosa presento recurso de apelación contra la sentencia proferida específicamente con el tema de aceptar el traslado del señor Jairo Alberto Larrota Sáenz, pues ya que el demandante, a la fecha cuenta con más de 60 años de edad y por lo tanto, se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, artículo 2, literal E, el cual, señala, "Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. En lo referente a lo siguiente, después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez. En este caso también es importante señalarle al Honorable Tribunal,*

en la medida que, a la fecha cuenta con más de 60 años de edad y por lo tanto, se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, artículo 2º, literal e), el cual, señala: "*Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. En lo referente a lo siguiente, después de 1 año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez*". Igualmente expresó, respecto a la afiliación al sistema pensional, los afiliados cuentan con el derecho a escoger libremente a qué Régimen se afilian como lo indica el literal e) del canon 13 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, al demandante no se le vulneró ningún derecho, se le respetó la afiliación a suscribir un formulario con el RAIS y era una persona que gozaba de total capacidad legal.

Por su parte, la AFP SKANDIA S.A., atacó[2] los numerales tercero y sexto, a través de los cuales se condenó a dicha AFP al traslado de gastos de administración y

---

que respecto a la afiliación al sistema pensional, los afiliados pues cuentan con el derecho a escoger libremente a que Régimen se afilian como lo indica el literal e del canon 13 de la ley 100 del 93 adicional, se puede concluir que al demandante no se le vulneró ningún derecho, se le respetó su derecho a la afiliación a suscribir un formulario con el RAIS y era una persona que gozaba de total, capacidad legal.

En los términos anteriores dejo sustentado el recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, se sirva revocar la sentencia proferida en lo expuesto, muchas gracias.".

[2] ***Recurso SKANDIA S.A. (récord: 3:04:07, archivo 35):*** *"Gracias, su señoría, de manera muy respetuosa me permito interponer y sustentar parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta instancia, especialmente el numeral tercero y sexto, a través del cual se impuso y se condenó a mi representada SKANDIA de generar un traslado referente a unos gastos de administración y primas de seguros previsionales, todo ello, señoría, porque considera la suscrita que al declararse una ineficacia del traslado, dicha ineficacia tiene efectos y sus efectos deben ser los regulados en la ley, especialmente el decreto 3925 del año 2008, artículo 8º que señala de manera taxativa cuál es esos emolumentos que deben trasladarse, como el presente caso del régimen, recursos del régimen de ahorro individual al Régimen de prima media, y en esta norma su señoría no se contempla o se señala que deba recaer sobre los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, teniendo en cuenta que dicha norma fue expedida tiempo después de la Ley 100, considero que guarda una relación armónica con las (inaudible) de la Ley 100 en el artículo 20, dado que la ley 100 ya le había dado una destinación específica del 3% de casos de administración, y en ese orden de ideas, fue debidamente utilizado por parte de la administradora y en función como lo hacen como lo he indicado anteriormente de la ley para la correcta y eficiente administración que ha gozado el demandante durante este tiempo que ha estado afiliado con mi representada.*

En consecuencia, Honorables magistrados y considerando que no está determinada de manera taxativa esos emolumentos en la ley, pues no es procedente que en esta instancia se ordene tal devolución.

Ahora bien, su señoría, esto también a su vez, me lleva a la solicitud de apelación frente a numeral sexto, en el sentido de apelar la decisión de absolver aseguradora Mapfre, dado que su señoría la aseguradora Mapfre ya fueron condenadas a primas, es quien tiene estas primas que sean condenados en esta sentencia y en función del artículo 64 del Código General del Proceso, es procedente que está aseguradora Mapfre y no Skandia, quien lleva a generar el traslado.

primas de seguros previsionales, remitiéndose al Decreto 3925 del 2008, artículo 8º, el cual señala de manera taxativa cuáles de esos emolumentos deben trasladarse, sin que se contemple o señale que deba recaer sobre los gastos de administración y primas de seguros previsionales, teniendo en cuenta que dicha norma fue expedida tiempo después de la Ley 100, por lo que guarda una relación armónica con la Ley 100 en el artículo 20, dado que esta misma ley ya le había dado una destinación específica del 3% a los casos de administración, y en ese orden de ideas, fue debidamente utilizado por parte de la administradora, quien realizó la función de manera correcta y eficiente durante todo el tiempo que estuvo afiliado el actor. Insistió, no está determinada de manera taxativa esos emolumentos en la ley y no es procedente que en esta instancia se ordene tal devolución.

Aunado a lo anterior, pidió se condene a la aseguradora Mapfre, dado que las primas ordenadas en sentencia ya fueron pagadas por la AFP a la sociedad en función del artículo 64 del Código General del Proceso, por lo que es procedente que está aseguradora Mapfre y no Skandia, generen el traslado.

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

CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 a 5, del archivo 5 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 4, ibidem),* aspirando

---

En esos términos su señoría, dejo por sentado mi recurso de apelación, ampliando los mismos dentro del término legal, su señoría de los alegatos, muchas gracias.”.

1. Declarar que la A.F.P PORVENIR, incumplió con su deber legal de información al no brindar una información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

2. Declarar que la A.F.P PROTECCIÓN, incumplió con su deber legal de información al no brindar una información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

3. Declarar que la A.F.P SKANDIA, incumplió con su deber legal de información al no brindar una información veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

4. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el demandante, inicialmente a la A.F.P PORVENIR, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

5. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el demandante, a la A.F.P PROTECCIÓN, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

6. En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por el demandante, a la A.F.P SKANDIA, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

7. Declarar que el demandante, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

Que se condene a las Entidades demandadas a:

1. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

2. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

3. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

4. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensiónales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.

5. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a activar la afiliación en pensión del demandante.

6. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a recibir la totalidad de los aportes a pensión del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensiónales a los que hubiere lugar.

7. Condenar a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

8. Condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, realizado en el año 1996 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, se declaró que el demandante Jairo Alberto Larrota Sáenz ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, se condenó a las demandadas Porvenir S.A.; Protección S.A. y a la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, Jairo Alberto Larrota Sáenz, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, y causados durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una de estas, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman, se condenó a Colpensiones a que, una vez los Fondos de Pensiones trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC es decir (índice base de cotización) y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización, se absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. del llamamiento en garantía realizado por la AFP Skandia S.A., y se condenó en costas a Porvenir S.A. **Lo anterior tras considerar el *a quo*,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

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

[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*

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 14 de octubre de 1959 *(Página 144, Archivo 04 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y SKANDIA el 11 de noviembre de 2021 y ante COLPENSIONES el 17 de noviembre de 2021 *(Páginas 129 a 138, Archivo 04 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 -1º de abril de 1994[4], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema **442,82** semanas (*Historia Laboral de semanas cotizadas en Colpensiones, página 65, archivo 38*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **19 de julio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1996** (*págs. 41 y 30 del archivo 09, 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.

---

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

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**19/03/1961**
Número de Documento:	**19418015**	Fecha Afiliación:	**10/10/1985**
Nombre:	**JAIRO ALBERTO LARROTA SAENZ**	Correo Electrónico:	**larrota@itochu.com.co**
Dirección:	**CL 72 10 07 PISO 12**	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
1008206723	ITOCHU COLOMBIA S.A.	10/10/1985	31/12/1994	$745.547	481,43	0,00	0,00	481,43
860040347	ITOCHU COLOMBIA S.A.	01/01/1995	31/01/1995	$653.000	4,29	0,00	0,00	4,29

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».*

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

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

retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[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 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 aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*

[5] *Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020*

> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], 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 la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho

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

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)».*

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

---

a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[7], no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que una asesora llegó a la empresa, el área de recursos humanos lo citó a una charla de 10 minutos junto con sus compañeros, donde le expresaron que el ISS iba a dejar de existir por su crisis económica y por ende era probable que sus aportes se perdieran, de modo que afiliándose al fondo privado protegería sus cotizaciones, sin recibir otra clase de información.

En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen pues, aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página *30*, archivo 09), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información

---

[7] ***Interrogatorio Demandante, archivo 35. Récord 47:44:*** *"no estoy pensionado, en el mes de julio de 1996 fui llamado por el área de recursos humanos, esta reunión se llevó a cabo en la Sala de Juntas, esta reunión se realizó con todo el personal y el asesor de Porvenir nos dijo que el ISS se iba acabar y que deberíamos afiliarnos al fondo para empezar hacer los aportes desde dicho momento, en esa reunión no me dijeron nada sobre rendimientos, financieros, no sabía que era la cuenta de ahorro individual, no hice aportes voluntarios en Porvenir, me dijeron que estaban dando buenos rendimientos y que me convenía porque mi pensión iba a ser mucho mejor, la charla duró como 10 minutos, la asesora se centró en hablar sobre rendimientos, yo firmé el formulario, fue voluntario, yo no tenía una información adecuada para saber que Colpensiones era mejor y que me podía pasar, después busqué información, fui visitado por OLD MUTUAL y me dijeron que tenían buenos rendimientos y que DAVIVIR estaba en mala situación, no sabía de los requisitos de régimen, debía cumplir una edad, no sé, no fui obligado a suscribir el formulario, no me dieron folleto ni nada, yo me afilié porque ,e ofrecieron buenos rendimientos pero no volví a tener contacto con nadie, en un principio recibí extractos luego me dijeron que era por la página de ellos, no entiendo los extractos, hoy si sé que son aportes voluntarios, averigüé y supe las verdaderas condiciones, siempre decían que el ISS iba a desaparecer, me trasladé por al conveniencia de que se iba acabar el ISS, no solicité re asesoría".*

adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su*

afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1996**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 **(19 de julio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1996),** el deber de información para

con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[9], y cuyos 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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, deberán retornar todo lo ordenado **debidamente indexado**.

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."***

[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*

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

> *«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.,* ***esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

> *colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)».*

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

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

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

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

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 50, *Archivo 12 expediente digital)*[10] 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, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas No. 9201407000002 y 9201411900149 (*Archivo 29 expediente digital),* se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones adicionales, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, rendimientos financieros, prima del seguros previsional de invalidez y sobrevivencia y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[11] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al

---

[10] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 12 de mayo de 2023 (Archivo 20 expediente digital).*

[11] ***ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.*** *Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.*
<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado,** conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, 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