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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO HERNÁN LÓPEZ ECHEVERRI CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2020 00464 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública No. 120 de 1° de febrero de 2021 (fl.13).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PORVENIR S.A. (fls. 4 a 8) y COLPENSIONES (fls 10 a 13), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 11 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual, récord 1:45:37, archivo "16, expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación del señor ALVARO HERNAN LOPEZ ECHEVERRY identificado con cédula de ciudadanía N. 70.091.151, realizada ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 01 de junio de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO**: **ORDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ALVARO HERNAN LOPEZ ECHEVERRY, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*
>
> ***CUARTO: SIN CONDENA** en costas.*
>
> ***QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".*

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

Así, en primer lugar, el apoderado de PORVENIR S.A., señaló, frente a la falta de información, la administradora dio cumplimiento a los parámetros establecidos en el artículo 97 del Decreto 63 de 1993, por lo que el traslado se entendió materializado y además válido con la sola suscripción del formulario. La entidad cumplió la totalidad de las exigencias normativas respecto al deber de información que tenía a cargo para la fecha del traslado del actor. Refirió, el demandante se afilió a la AFP de forma voluntaria y sin ningún tipo de presión; la firma del contrato de afiliación se hizo sin que mediara ningún tipo de vicio.

Señaló, del interrogatorio vertido por el demandante y los testimonios recaudados, se extrae que la AFP cumplió con su deber de información a través del formulario y la explicación de las características del RAIS, conforme para la época estaba legalmente establecido.

Finalmente dijo, la AFP siempre ha suministrado información al demandante a través de los estados de cuenta; además, el demandante se ha mantenido voluntariamente en el RAIS durante años, sin hacer uso de su derecho de retracto, que se le informó al momento de su afiliación y posteriormente a través de la publicación en el Diario El Tiempo. Pidió se tenga en cuenta, que la AFP siempre ha obrado de buena fe y conforme a la[1] (*Audiencia virtual concentrada, archivo "16 expediente digital record. 1:13:51).*

---

[1] **Apoderado PORVENIR (1:47:11):** Su señoría estando dentro de la oportunidad, su señoría buenas tardes, perdón, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente procedo a interponer recurso de apelación contra el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, con el sentido que se revoque en su totalidad la sentencia aquí dictada por su señoría y en su lugar se absuelva a mi representada de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte demandante.

Lo anterior, en la medida que dentro del presente proceso no se configura o no se comprobó que a la parte demandante no se le haya dado el deber de información o que haya lugar a declarar una ineficacia o nulidad en el traslado. Lo anterior, en la medida que mi representada siempre cumplió con todos y cada uno de los presupuestos establecidos por la ley al momento del traslado del demandante como lo era contar con el formulario de afiliación, el cual como se acreditó en el presente proceso lo hizo de una manera voluntaria, sin ningún tipo de presión y con condiciones plenas de capacidad, de obligación, y de conocimiento sobre lo que estaba, el traslado que se estaba efectuando a mi representada.

No menos importante es su señoría que se debe, Honorable Tribunal que se debe tener en cuenta es que para el momento para el cual el demandante se trasladó con mi representada, el formulario de afiliación era el único medio de prueba que existía por lo cual no es pertinente, o no resulta digamos como, si no resulta pertinente para este estado solicitarle a mi representada que allegue al proceso alguna otra prueba a la que, como lo he repetido en varias ocasiones se tenia para el momento de la afiliación del demandante, prueba que se le debe dar el valor probatorio más relevante, en la medida que la misma no fue tachada de falsa y cumplió con todas y cada una de las características propias que exigía la ley para el momento de la afiliación del demandante.

No menos importante es que el demandante se afilió de manera voluntaria, sin ningún tipo de precisión y el formulario o la suscripción o la vinculación a mi representada es una vinculación legal, que está libre de todo tipo de vicio, de vicios del consentimiento o que tenga un objeto o causa ilícita, situación esta que mi representada efectivamente le dio el deber de información al demandante en los términos establecidos por la ley.

No menos importante es Honorable Tribunal que se tenga en cuenta la declaración que dio el demandante en el interrogatorio y el testimonio que brindó los testimonios de la parte actora, al señalar que al momento en el cual mi representada se dirigió a la empresa en la cual pertenecía el demandante al momento de la afiliación, se le brindó tanto una información de manera conjunta a varias personas, como una información individual, lo cual acredita que mi representada si dio el deber de información, y cual era el deber de información a través del formulario y darle las características del RAIS de manera verbal, como para el momento de la afiliación lo exigía la ley. Por lo cual, no se configura ningún tipo de vicio que de lugar a declarar la ineficacia o la nulidad del traslado y en su lugar se tenga en cuenta que el formulario es la prueba más importante que cuenta mi representada, y no menos importante es que la misma no fue tachada de falsa, por lo cual cumple con todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley.

Así mismo, también es claro que a la parte demandante en el transcurso del tiempo se le ha dado información periódica acerca de sus aportes, tan es así que en la respuesta que se le dio por parte de mi representada se le manifestó que su estado de cuenta se le brindaba cada 3 meses, entonces no es digamos como el momento en el cual la parte demandante pretenda que se declare la ineficacia por falta de información, en la medida que en caso de existir algún tipo de error, sería un error en derecho en el cual en el transcurso del tiempo se ha ido digamos subsanando, con la ratificación mes a mes de la parte demandante de estar vinculada con mi representada y pues el deber de información se cumplió en los términos establecidos en la ley para ese entonces y también se le garantizó a la parte demandante durante todos estos años, más de 12 casi el derecho de retracto,

A su turno el apoderado de COLPENSIONES solicitó, se adicione la sentencia de primer grado ordenando la devolución de los gastos de administración, para que dichos recursos puedan ser contados entre los valores que reciba la entidad por los conceptos consignados por el demandante en el régimen de ahorro individual. Ello en el entendido que si por la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir S.A se entiende que dicho negocio jurídico jamás fue celebrado, deben ser devueltos los valores descontados a título de gastos de administración[2] (*Audiencia virtual concentrada, archivo "16 expediente digital record. 1:53:56).*

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

CONSIDERACIONES

---

tanto en el momento de la suscripción como posterior a través de la publicación en el diario el Tiempo por parte de mi representada, a lo afiliados al RAIS de la posibilidad de trasladarse de régimen, y porque hago énfasis en esto, porque era quizá para el momento un de los medios de comunicación más expeditos a través de los cuales las partes, la sociedad general se podía informar de la situaciones en relación con mi representada con el derecho de trasladarse de régimen.

También ruego al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que mi representada siempre ha obrado de buena fe y cumplió con los presupuestos establecidos por la ley, buena fe porque nunca le negó la posibilidad a la parte demandante de vincularse al sistema pensional, tan es así que ha permanecido durante todo el tiempo vinculada sin lugar hacerle ningún tipo de reparo por su vinculación, entonces no se puede decir que mi representada actuó de mala fe. Y no menos importante que mi representada nunca actuó de manera dolosa, o tan siquiera al momento de la afiliación de la parte demandante a ocultarle información o hacer actos atentatorios que impidieran a la parte actora ingresar al sistema pensional, situación está que demuestra que mi representada cumplió con los presupuestos, se ha sometido a la ley y durante el transcurso del tiempo le ha permitido a la parte demandante que ejerza su derecho de retracto, por lo cual no es digamos la oportunidad en tiempo de que pretenda la parte demandante declarar la nulidad.

Por lo anteriormente expuesto ruego al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la parte actora. Su señoría muchas gracias.

[2] **Apoderado COLPENSIONES (1:53:56):** Gracias su señoría en este momento de la audiencia me permito presentar recurso parcial de apelación en contra del numeral segundo emitido por su sentencia, en cuanto que condeno a la devolución de los gastos, frente a las cotizaciones y rendimientos, solicitándole al Honorable Superior de Bogotá Sala Laboral adicionar a dicho numeral e incluir los gastos de administración a favor de mi representada, de conformidad pues con las consecuencias practicas de la ineficacia y la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, el cual pues se aplica por analogía al tema de las ineficacias y al tenerse el acto jurídico de afiliación por parte del señor ALVARO al fondo de pensiones PORVENIR como ineficaz pues debe tenerse como dicha afiliación jamás hubiese sido realizada.

Así las cosas le solicito al Honorable Superior de Bogotá Sala Laboral adicionar e incluir los gastos de administración para que mi representada pueda contar con dichos recurso y actualizar efectivamente la historia laboral del demandante. Gracias sus señoría.

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 7 y 8, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 2 a 6 ibídem)*, aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP PORVENIR S.A.; como consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos; se declare, el tiempo que permaneció en el RAIS debe ser tenido en cuenta en el RPM, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media, ordenando a PORVENIR, como administradora a la que se encuentra afiliado el actor, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos; se ordenó a COLPENSIONES recibir todos los valores que Porvenir le traslade y actualizar la historia laboral del demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, 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 13 de abril de 1957 (*página 34, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 7 de diciembre de 2020 y ante PORVENIR el 4 de septiembre de 2019 (*páginas 57 y 86, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* esto es, cuando ya tenía la edad para pensionarse –tenía 62 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 209,43 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 4,27 años (*página 35, archivo "01Demanda.pdf", 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 vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de junio de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de julio de 1994 *(páginas 80 y 83, archivo "07Contestación Porvenir.pdf",expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el <u>conocimiento</u>, 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):

---

[4] *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[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

---

[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,

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

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

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

---

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 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 de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que unos asesores de Porvenir S.A visitaron la empresa donde trabajaba en 1994; les dijeron que el Seguro Social se iba a quebrar y en el fondo privado se podrían pensionar *"menos tiempo y más sueldo que en el Seguro Social",* pero no se le informaron las características, ventajas y desventajas del RAIS.

En similar sentido se pronunciaron los testigos Fernando Moreno[7] y Sandra Carlina Bustamante[8] (compañeros de trabajo del actor) refirieron, en el año 1994 los asesores de Porvenir hicieron reuniones en la empresa con grupos de diez o quince personas para que se pasaran a esa AFP. Les dieron una información muy general, diciendo que se podían pensionar a la edad que quisieran y de acuerdo al ahorro que tuvieran; no les hablaron de aportes voluntarios, ni de diferencias entre regímenes y les informaron que el ISS iba a quebrar y por eso era importante que se cambiaran de administradora.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR *(Página 83 archivo "007ContestacionPorvenir.pdf", expediente digital),*este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa ***(páginas 136 a 138, archivo "007. ContestaciónPorvenir.pdf", expediente digital)***, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de

[6] Audiencia del 11 de noviembre de 2021, récord 0:9:12
[7] Audiencia del 11 de noviembre de 2021, récord 0:21:14
[8] Audiencia del 11 de noviembre de 2021, récord 0:32:09

normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*

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

…

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

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

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

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

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 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen**,** efectivo el **1° de julio de 1994** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es

decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

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

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene COLPENSIONES, le corresponde a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación del actor con esas administradoras, por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a esta administradora a la devolución de dichas sumas de dinero.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta *(página 7, archivo "008ContestacionColpensiones.pdf", expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

[9] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 23 de agosto de 2021 (*página 1, archivo "009AutoFijaFechaContestada.pdf", expediente digital*).

devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándola únicamente en lo que toca a la devolución por parte de las AFP de los gastos de administración.

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 un ordinal SEXTO a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a PORVENIR devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por el actor durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con dicho fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 29 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADRIANA MARGARITA PLAZAS SALAMANCA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2021 00232 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL EL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (fl.23).

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 10 a 18), PORVENIR S.A. (fls. 4 a 8) y COLPENSIONES (fls. 20 a 23), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 25 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual, récord 1:11:55, archivo "15, expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación de la señora ADRIANA MARGARITA PLAZAS SALAMANCA identificada con la cédula de*

ciudadanía N° 51.790.313, realizada ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 02 de febrero de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia ***DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR *a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ADRIANA MARGARITA PLAZAS SALAMANCA, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

TERCERO: ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

CUARTO: SIN CONDENA *en costas.*

QUINTO: CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".*

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

Así, en primer lugar, el apoderado de PORVENIR S.A. ES, señaló, frente a la falta de información, la administradora dio cumplimiento a los parámetros establecidos en el artículo 97 del Decreto 63 de 1993, por lo que el traslado se entendió materializado y además válido con la sola suscripción del formulario. La entidad cumplió la totalidad de las exigencias normativas respecto al deber de información que tenía a cargo en el año 1995. Explicó, la obligación de aportar documentos nació a partir de la Ley 1748 de 2014. Finalmente manifestó, para el año 1995 no se pensó, llegaran a existir los actuales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente a la ineficacia del traslado[1] (*Audiencia virtual concentrada, archivo "15 expediente digital record. 1:13:51).*

[1] **Apoderado PORVENIR (1:13:51):** Muchísimas gracias su señoría y estando dentro de la oportunidad legal y de manera muy respetuosa presento recurso de apelación sentencia proferida en primera instancia con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque esta sentencia de primera instancia en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no le asiste razón a la falladora instancia en declarar la ineficacia con sustento en una falta de información, pues para la época en que se originó el traslado, mi representada desde una asesoría conforme a las características del artículo 97 en decreto 63 de 1993 y además, esta asesoría fue posteriormente reforzada por la circular 19

A su turno el apoderado de COLPENSIONES solicitó, se adicione la sentencia de primer grado ordenando la devolución de los gastos de administración, para que dichos recursos puedan ser contados entre los valores que reciba la entidad por los conceptos consignados por la demandante en el régimen de ahorro individual. Ello en el entendido que si por la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A se entiende que dicho negocio jurídico jamás fue celebrado, deben ser devueltos los valores descontados a título de gastos de administración[2] (*Audiencia virtual concentrada, archivo "15 expediente digital record. 1:16:52).*

---

de 1998 de la Superintendencia financiera de Colombia, la cual nos decía que entendía no sólo materializado, sino válido el traslado del régimen pensional de los afiliados con la sola suscripción del formulario de afiliación.

Así las cosas, su señoría se observa que mi representaba cumplió con la totalidad de sus exigencias normativas en cuanto al deber de información que tenía a su cargo para el año de 1995, se debe tener en cuenta su Señoría, perdón n segundo, su señoría (sic), retomó su señoría que pena con usted y estaba diciendo que conforme las características normativas vigentes para el año de 1995, mi representada cumplió con la totalidad de las exigencias en cuanto al deber información que tenía a su cargo, razón esta por la que no podemos deducir entonces que se hayan faltado al deber de información por no haber aportado documentos, toda vez que esta obligación de portar documentos nace es a partir de la Ley 1748 del 2014, que entra en vigencia el 26 de diciembre, razón esta por la que no podemos decir entonces que por no existir documento distinto al formulario de afiliación al reglamento otorgado a la demandante para el año 95, mi representada haya faltado a su deber de información.

Y menos posible sería decir, señores magistrados que conforme al no cumplimiento del deber de información, conforme a las características de la Corte Suprema de Justicia, el precedente jurisprudencial sentado por esta, podamos decir que mi representada incumplió con dicho el deber, pues para el año de 1995 no se pensaron ni siquiera que llegase a existir los pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia referente a las ineficacias o a las nulidades y mucho menos referente al pronunciamiento que tiene la doctora Clara Cecilia Dueñas, referente al formulario de afiliación habida cuenta que pues para la época del traslado el formulario era la única prueba documental e idónea que la asesoría fue brindada y que se entendieron las características del régimen de ahorro individual.

Así las cosas, su Señoría y señores magistrados, de manera muy respetuosa, solicito se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchísimas gracias.

[2] **Apoderado COLPENSIONES (1:16:52):** Gracias su Señoría, de manera breve me permito presentar y sustentar el curso parcial de apelación en contra del numeral segundo de la sentencia emitida en esta audiencia, para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, adicione a dicho numeral y contemple los gastos de administración que bien lo tiene a favor de mi representada, con el fin de que pues dichos recursos puedan ser contados entre los valores a devolver a mi representada por los conceptos consignados por la señora ADRIANA MARGARITA al régimen de Ahorro individual con solidaridad. Dicha solicitud la realizó con fundamento en las consecuencias prácticas de la ineficacia que se han consignado dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los últimos años, en la cual pues se hace aplicación al artículo 1746 del Código Civil, el cual pues se aplica por analogía al tema de las ineficacias y debe tenerse en cuenta que pues si el negocio jurídico de afiliación realizado por la aquí demandante, la señora ADRIANA y el fondo privado PORVENIR en el año 95, declarado ineficaz y pues debe entender que dicha dicho negocio jurídico jamás fue celebrado. Así las cosas, pues los gastos de administración deberán integrar los valores a devolver a favor de mi representada con el fin que pues dichos

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, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 1 a 4 ibídem)*, aspirando se declare la ineficacia o nulidad del traslado y afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. Como consecuencia de esta declaración, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y aceptar y recibir el traslado de los aportes de la actora, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media, ordenando a PORVENIR, como administradora a la que se encuentra afiliada la actora, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos; se ordenó a COLPENSIONES recibir todos los valores que Porvenir le traslade y actualizar la historia laboral de la actora.

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

---

recursos puedan ser contados dentro de la actualización de la historia laboral que bien tenga la señora demandante así dejo sustentado el recurso de apelación su Señoría, muchas gracias.

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[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 29 de abril de 1964 (*página 27, archivo "01Demanda.pdf", 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 por primera vez mediante petición elevada ante PORVENIR S.A. COLPENSIONES el 28 de enero de 2021 (*páginas 57 y 63, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse –tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 139 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 596 días (*página 50, archivo "01Demanda.pdf", expediente digital)*, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 2 de febrero de 1995, con fecha de efectividad a partir del 1° de marzo de 1995 *(páginas 82 y 85, archivo "07Contestación Porvenir.pdf",expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

---

[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".*

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, <u>da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo</u>; 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.*
>
> ***<u>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.</u>*** *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***

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al Fondo accionado 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[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

---

[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".

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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***

"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.

> ***de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que fue visitada por un asesor de Porvenir S.A., quien le refirió que podría pensionarse a menor edad que en el ISS, tendría una mejor mesada pensional que en prima media y le puso de presente el riesgo de quiebra en que se encontraba el Instituto de Seguros Sociales, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa ***(páginas 157 a 159, archivo "07. ContestaciónPorvenir.pdf", expediente digital)***, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

[6] Audiencia del 25 de noviembre de 2021, récord 0:07:30

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió <u>en el momento del traslado de régimen</u>**,** efectivo el **1° de marzo de 1995** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **<u>INEFICACIA DEL TRASLADO</u>** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

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

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

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene COLPENSIONES, le corresponde a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a esta administradora a la devolución de dichas sumas de dinero.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[7], a favor de quien se surte la consulta *(página 7, archivo "008ContestacionColpensiones.pdf", expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la*

[7] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 23 de agosto de 2021 (*página 1, archivo "0105AutoContestaFijaFecha.pdf", expediente digital*).

> *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 de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándola únicamente en lo que toca a la devolución por parte de las AFP de los gastos de administración.

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 un ordinal SEXTO a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a PORVENIR devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por la actora durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con dicho fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 29 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA BENITA BARRANTES DE RODRIGUEZ CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA (RAD. 30 2020 00118 00).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 4 a 7), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, audio archivo 14 y acta de audiencia archivo 13 del expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probadas las excepciones de compartibilidad entre las pensiones reconocidas, inexistencia de la obligación reclamada, y cobro de lo no debido.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - UAEPC, de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la parte demandante en costas, liquídense por secretaria e inclúyase como agencias en derecho la suma de $500.000 pesos a favor de la demandada.*
>
> ***CUARTO: CONSULTESE*** *la presente decisión ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, por haber salido totalmente adversa esta decisión a los intereses de la parte demandante".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación. Señaló, la pensión reconocida a la demandante no es de carácter convencional, como lo señala la demandada, pues para el momento en que se

acordó conciliación sobre su retiro de la Empresa de Licores de Cundinamarca, no contaba con los requisitos de los artículos 58, 59. 60. 62 y 63 de la Convención Colectiva de Trabajo 1997 y 1999, de la que se aportó constancia de depósito. Dicha norma convencional únicamente se invocó por la empresa para fijar el salario sobre el cual se aplica la tasa de reemplazo del 81.18%, lo que no convierte la pensión de jubilación anticipada en una pensión convencional extralegal, susceptible de ser compartida en los términos del artículo 18 del Decreto 758 de 1990, aunado a que las partes guardaron silencio frente a la obligación de compartir la pensión.

Afirmó, la pensión anticipada reconocida a la demandante no deriva de un pacto colectivo o laudo arbitral; surgió de una decisión de la junta directiva de la empresa de fecha 23 de febrero de 1999, no hace parte de las pensiones "enlistadas" en los reglamentos del Seguro Social hoy Colpensiones, por lo que sostuvo, la citada pensión no es de origen legal, ni está regulada por la Ley 33 de 1985. No es una pensión sanción, ni restringida de jubilación en los términos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en la medida que la trabajadora no fue despedida ni ello se consignó en el acta de conciliación. Estimó, en consecuencia, la pensión anticipada reconocida a la demandante no tiene vocación de compartibilidad porque no está prevista como tal en los reglamentos del Seguro Social.

Refirió, el acta de conciliación es ley para las partes y la misma debe valorarse a la luz de los artículos 53 de la Constitución Política y 13 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo, pues cualquier acuerdo en contrario a la conciliación judicial o extrajudicial, debe respetar el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado a favor del trabajador.

Finalmente señaló, en el evento que se acepten los argumentos relativos a la compartibilidad pensional, solicitó se acceda a las pretensiones subsidiarias en el sentido de no ordenar a la demandante la devolución de los valores ya pagados, como quiera, la Unidad Especial de Pensiones de Cundinamarca no gestionó oportunamente el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante, para poder proceder a compartir la pensión y por ello, no es atribuible a la demandante un comportamiento desleal, pues de buena fe recibió las mesadas pensionales[1].

---

[1] **Apoderado demandante (1:14:47):** Con el debido respeto por las decisiones adoptadas por este despacho judicial, manifiesto que interpongo recurso de apelación en todo lo desfavorable en las pretensiones de la demanda y solicito en sede de apelación al Honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la decisión que antecede para que en su lugar conceda favorablemente las pretensiones de la demandada que fueron negadas, los motivos son los siguientes:

Lo primero que debe advertirse es que la pensión de jubilación reconocida por la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA en el año 1999 a favor de la señora MARIA BENITA BARRANTES no es de materia convencional como erradamente lo sostiene el área jurídica de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, pues la trabajadora para el momento en el cual concilió el retiro de la empresa no contaba con los requisitos del artículo 58, 59, 60, 62 y 63 de la Convención Colectiva de 1997 a 1999, se aportó constancia de

depositó de la Convención Colectiva para la valoración de rigor. Es importante aclarar que la Convención Colectiva de trabajo citada a la conciliación para el reconocimiento de la pensión, solo se invocó por la EMPRESA DE LICORES para fijar el salario sobre la cual se aplica la tasa de remplazo del 81.18%, pero tal citación de la norma convencional no convierte la pensión de jubilación anticipada en una pensión convencional extralegal susceptible de compartir en los términos del artículo 18 del decreto 758 del 90, esto sumado a que las partes guardaron silencio sobre la obligación de compartir dicha pensión.

Con el mismo relieve se debe decir que la pensión de jubilación anticipada reconocida a la señora MARIA BENITA BARRANTES no deriva de un pacto colectivo o laudo arbitral, puesto que la misma surgió de una decisión de la junta directiva de la empresa de fecha de 23 de febrero de 1999, es decir, la pensión anticipada de la demandante no hace parte de las pensiones enlistadas en los reglamentos del otro del seguro social hoy COLPENSIONES, pues la junta directiva de haberlo querido lo habría dicho expresamente en el acta de la junta del 23 de febrero de 1999, con el mismo propósito se procede a sostener que la pensión reconocida a la señora MARIA BENITA BARRANTES, no es una pensión de origen legal regulada por la ley 33 del 85 como se consta del acta de conciliación firmada el 09 de mayo de 1999, pues la demandada para cuando se le reconoció la pensión no cumplía con los requisitos para ello.

Se a vista que la pensión anticipada reconocida a la señora MARIA BENITA BARRANTES no es una pensión sanción, ni una pensión restringida de jubilación en los términos del artículo 8 de la ley 171 de 1961 como establece con nitidez en el acta de conciliación firmada entre la empresa y la trabajadora, en la medida que el trabajador no fue despedido. Lo anterior conduce a señalar que la pensión de jubilación anticipada no se puede compartir con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, pues la norma reglamentaria del seguro de invalidez, vejez o muerte no enlistó eta clase de prestaciones objeto de compartibilidad, por lo que atribuirle una competencia jurídica no prevista en la ley indicaría vulnerar el principio de legalidad que debe primar en todos los casos de un Estado Social de Derecho.

Vale decir que si bien el acta de conciliación es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil, dicha acta debe valorarse a la luz de los artículos 53 de la Constitución Política y 13 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo, pues cualquier acuerdo en contrario a la conciliación judicial o extrajudicial debe respetar los derechos irrenunciables a la seguridad social consagrados a favor del trabajador, so pena de resultar ineficaces en tanto a los derechos a la seguridad social son irrenunciables y cualquier acuerdo en el que un trabajador haya renunciado a ellos. No surte efectos jurídicos presando que las partes guardaron silencio sobre la compartibilidad en dicha acta de conciliación, lo hasta aquí expuesto para expresar que en este evento estamos frente a una situación jurídica que antecede, esto es, una discusión entre la empresa de jubilación y el pensionado respecto a la compartibilidad o compatibilidad de las pensiones, que solo puede ser dirimida por la justicia ordinaria como juez natural de los trabajadores oficiales, en tanto, que la EMPRESA DE LICORES es la única que puede modificar los acuerdos que suscriben con sus trabajadores, y menos cuando el pensionado le endilga la violación de los decretos irrenunciables como el de la seguridad social por lo que se pregona.

Finalmente, en el evento remoto que se logrará o se acepte los argumentos jurídicos que anteceden respecto de la compartibilidad de las pensiones, pido con el mayor respeto abordar la valoración de las pretensiones subsidiarias en que se resume busca restablecer que la UNIDAD ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, no gestionó oportunamente el reconocimiento de la pensión de vejez en cabeza de la señora MARIA BENITA BARRANTES para proceder a declarar la compartibilidad, lo anterior por lo que UNIDAD DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA omitió cumplir el numeral 3 de la resolución 234 de 1999, mediante la cual se reconoció la pensión anticipada de la trabajadora, puesto que desde el año 2014 los trabajadores por intermedio de la Asociación de pensionados, vienen advirtiendo respecto de la importancia de regular y resolver lo pertinente a compatibilidad y compartibilidad de las pensiones reconocidas por la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, resulta contrario a derecho atribuirle un comportamiento desleal al jubilado a exigirle la devolución de unos recurso que debió que recibió de buena fe, al respecto la Sala de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL del 26 de enero de 2010, radicado 360995 expuso: “como el reconocimiento de la pensión de jubilación se generó en un error atribuible exclusivamente a la empleadora a pesar de que para efectos de constatar la carencia de las exigencias convencionales en cabeza del demandado, tenía en su poder toda la información del demandado, sumado a la ausencia

(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 44:29, archivo 14.AUDIO 22 SEPTIEMBRE 2021.mp4, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante María Benita Barrantes de Rodríguez, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo 00.EXPEDIENTE ESCANEADO.pdf folios 213 a 217, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 217 a 225 ibidem, aspirando se declare que la pensión anticipada de jubilación reconocida a su favor por la Empresa de Licores de Cundinamarca es compatible con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante resolución GNR 118221 de 2014; en consecuencia se condene a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca – UAESPC, como administradora del pasivo pensional de la Empresa de Licores de Cundinamarca, a restablecer el pago de la mesada pensional a la demandante y al pago de mesadas en forma retroactiva desde el mes de enero de 2018, junto con los reajustes de ley y debidamente indexadas, los intereses moratorios, a pagar el mayor valor de las cuotas moderadoras que pague la pensionada y su familia con motivo de servicios de salud, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó, se declare que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca – UAESPC, incumplió lo dispuesto en el acta de conciliación firmada el 9 de abril de 1999, respecto a la obligación de la Empresa de Licores de Cundinamarca de tramitar ante Colpensiones la pensión de vejez, que fue reconocida por petición directa de la demandante, se declare que la demandante no está obligada a reintegrar a dicha entidad, las mesadas pagadas por Colpensiones entre el 1° de abril de 2014 y el 1° de enero de 2018, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió de todas las pretensiones principales y subsidiarias, tras considerarse que la pensión reconocida por la Empresa de Licores de

---

de mala fe de este, son insuficientes para llegar a la conclusión que no era viable ordenar a la devolución de los ya cancelado.

En los anteriores términos dejó planteado el recurso de apelación para que los Honorables Magistrados lo revisen, y falle a favor. Muchas gracias".

Cundinamarca fue con posterioridad al 17 de octubre de 1985 y por ende tiene el carácter de compartida con la de vejez reconocida por Colpensiones, aunado a que así se estipulo al momento de otorgar la pensión extralegal. Frente a las pretensiones subsidiarias, estimó su improcedencia por encontrar acreditado, la entidad demandada si solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora a Colpensiones y porque la obligación de devolver dichos dineros está consignada en la resolución mediante la cual se reconoció la pensión anticipada.

Así las cosas, no existe controversia alguna en cuanto a que la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA le reconoció a la demandante una pensión de jubilación a través de la resolución 0234 de 12 de abril de 1999 (archivo 00.EXPEDIENTE ESCANEADO.pdf folios 17, 19, 21, expediente digital), a partir del 10 de abril de 1999 por valor de $839.455, de conformidad con lo dispuesto en sesión de junta directiva de 23 de febrero de 1999, acta No. 001, que autorizó la pensión anticipada a los trabajadores oficiales al servicio de la empresa, que cumplieran un tiempo superior a quince años, vinculación laboral por contrato de trabajo a término indefinido y encontrarse al servicio de la empresa a 31 de marzo de 1985. En lo que interesa al proceso, en la citada resolución también se señaló:

> *"ARTÍCULO SEGUNDO. La pensión de jubilación es incompatible con el desempeño de cualquier cargo público o de empresas o instituciones de carácter oficial en que tenga participación el Estado, salvo las excepciones previstas en la Ley.*
>
> *ARTÍCULO TERCERO. La Empresa de Licores de Cundinamarca tramitará a partir del 28 de enero de 2002, el reconocimiento por parte del Instituto de Seguros Sociales, de la pensión de jubilación a que se hiciere acreedor (a) el (la) pensionado (a), una vez reunidos los requisitos exigidos en las respectivas reglamentaciones.*
>
> *ARTÍCULO CUARTO. La Empresa de Licores de Cundinamarca, continuará aportando al Instituto de Seguros Sociales, el valor de la cotización de pensión, de conformidad con lo previsto en la ley, hasta cuando el pensionado reúna los requisitos para acceder a la pensión a que haya lugar.*
>
> *ARTÍCULO QUINTO. Una vez pensionado (a) por el Instituto de Seguros Sociales, el (la) señor (a) MARIA BENITA BARRANTES DE RODRIGUEZ, se obliga a reintegrar a la Empresa de Licores de Cundinamarca dentro del término de los ocho días hábiles siguientes al pago que le efectúe el I.S.S., las sumas recibidas por concepto de pensión de jubilación hasta cumplir el monto de lo cancelado por la Empresa por este mismo concepto y a título de pensión anticipada, o en su defecto, se compromete a autorizar al Instituto de Seguros Sociales para que pague directamente a la Empresa dichas cantidades.*
>
> *ARTÍCULO SEXTO. Cumplido lo anterior y de ahí en adelante la Empresa cubrirá la diferencia entre el monto de la Pensión de jubilación concedida por el Instituto de Seguros Sociales y la cantidad reconocida como pensión anticipada en la presente resolución, más los reajustes de ley".*

Igualmente, a folios 102 a 109 (archivo 00.EXPEDIENTE ESCANEADO.pdf, expediente digital), obra la Resolución GNR 118221 de 2 de abril de 2014, por medio de la cual COLPENSIONES le reconoció a la señora MARÍA BENITA BARRANTES DE RODRÍGUEZ una pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993, a partir del

17 de septiembre de 2006 y en cuantía inicial de $676.765.oo y un retroactivo de $82'931.914,oo, dineros que quedaron en suspenso, conforme consta en la citada resolución.

Planteado así el debate, aspira la demandante, la encartada le continúe pagando la totalidad de la pensión anticipada de jubilación sin perjuicio de la de vejez reconocida por Colpensiones, pues en los términos expuestos en la alzada considera que opera la compatibilidad de dichas pensiones.

En cuanto a los argumentos del censor, es claro para la Sala, la pensión anticipada que se le reconoció a la convocante, no tiene carácter convencional, no deviene de un pacto colectivo ni de un laudo arbitral, tampoco corresponde a una pensión sanción o restringida de jubilación; correspondió a una decisión de junta directiva de la entidad empleadora como respuesta a unas políticas de reorganización; se trata de una pensión de carácter voluntario, es decir, reconocida por mera liberalidad del empleador, situación que no impide que tenga vocación de compartibilidad.

Sobre el punto, conviene inicialmente precisar que a partir de 1985, a través del Acuerdo 029 originario del I.S.S., artículo 5° aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se consagró la posibilidad de compartir esta clase de pensiones -reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente -, mediante el pago de las cotizaciones para el riesgo de vejez por parte del empleador. Igualmente, el Acuerdo 049 de 1990 también proveniente del I.S.S., dio la posibilidad a los empleadores que otorguen pensiones extralegales y estas se hayan causado a partir del 17 de octubre de 1985, para que continúen cotizando al I.S.S., hasta cuando los afiliados cumplan los requisitos exigidos por este instituto para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual el empleador únicamente pagaría la diferencia si la hubiere, entre lo reconocido por él y lo asumido por el I.S.S., precisándose en todo caso que estas normas solo se aplican a las pensiones reconocidas con posterioridad al referido Acuerdo 029 de 1985 del I.S.S., por ser a partir de entonces viable la compartibilidad de las pensiones extralegales con las de vejez.

Al tema es pertinente aclarar, no solamente las pensiones que tengan fundamento en la Ley, laudos, pactos o convenciones colectivas son susceptibles de ser compartidas, como erradamente afirma el apelante, pues como ya se explicó el Acuerdo del ISS 029 de 1985, contempló la posibilidad de compartir también pensiones de carácter voluntario como la que le otorgó la Empresa de Licores de Cundinamarca a la accionante.

En el mismo sentido, debe indicarse, pregona el recurrente, el respeto por los términos de la conciliación a que llegaron las partes; sin embargo, en el expediente

administrativo aportado por la entidad demandada (Archivo 04. Archivo electrónico MARIA BENITA.pdf), obra el acta de la conciliación celebrada entre la actora y la Empresa de Licores de Cundinamarca el 9 de abril de 1999, ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, que fue suscrita por la demandante en señal de aprobación y en su numeral décimo establece textualmente:

> "10) Que la Empresa de Licores de Cundinamarca se obliga a seguir pagando al Instituto de Seguros Sociales las cotizaciones por concepto de pensión, para que este asuma la parte que le corresponde cuando el extrabajador cumpla la edad requerida por las normas legales que rigen la materia."

Entonces, de los términos del acuerdo conciliatorio, plasmados en el acta a que se ha hecho referencia, queda al descubierto, precisamente las partes acordaron ante autoridad competente el carácter compartido de la prestación voluntaria que reconoció el empleador y dicho acuerdo fue honrado en la resolución 0234 de 12 de abril de 1999, donde la Empresa de Licores de Cundinamarca reiteró su obligación de seguir cotizando al sistema general de pensiones para que su trabajadora pudiera obtener la pensión de vejez, luego contrario a lo reseñado por el censor, no fue irrespetado el acuerdo celebrado por las partes.

Así las cosas y como quiera que la pensión de jubilación extralegal fue reconocida a la demandante en fecha posterior al 17 de octubre de 1985, valga precisar, a partir del 10 de abril de 1999(archivo 00.EXPEDIENTE ESCANEADO.pdf folios 17, 19, 21, expediente digital), resulta claro para la Sala que existe la posibilidad de **compartirla** con la pensión de vejez, salvo que medie la voluntad expresa de las partes en sentido contrario, la cual no fue acreditada en el presente asunto, pues como lo menciona la misma resolución a través de la cual se le reconoció el derecho a la actora, la Empresa de Licores de Cundinamarca continuaría pagando aportes para pensión al I.S.S. y una vez se fuera reconocida pensión de vejez por parte de esa Entidad, solo quedaría a su cargo la diferencia entre la pensión anticipada de jubilación y la de vejez.

Es claro entonces, la Empresa de Licores de Cundinamarca, hoy la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca – UAESPC continuó haciendo aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la señora Barrantes de Rodríguez, en aras de subrogar el riesgo de vejez y responder únicamente por el mayor valor que se generara.

Considerando lo anterior y teniendo en cuenta la incompatibilidad de la pensión reconocida por la empleadora, pues se itera ésta fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985,no existe pacto alguno de su compatibilidad con la pensión de vejez reconocida a su vez por COLPENSIONES y el acto administrativo

reconocedor de la pensión extralegal es clara en demarcar el carácter compartible de la prestación no se evidencia ninguna vulneración de derechos fundamentales a la demandante, como lo señaló el censor y en consecuencia, se procederá a confirmar el fallo impugnado en su totalidad.

Sobre el tema bajo estudio bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 16 de febrero de 2010, Radicación 36923, en la cual expresó:

> "*..., en sentencias del 8 de agosto de 1997, radicación 9444, reiterada y adicionada en las del 30 de noviembre de 1999, 18 de septiembre de 2000 y 30 de enero de 2001, radicaciones 12461, 14240 y 14207, respectivamente, esa disparidad de criterio desapareció, y se unificó en el sentido de ser compatibles las pensiones extralegales concedidas por los empleadores antes de la vigencia del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, con las de vejez reconocidas por el I.S.S., salvo estipulación en contrario; posición que aún se mantiene y se confirma en esta oportunidad. En la última decisión citada se dijo:*
>
> > *"En ese orden es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compartibilidad del de la compatibilidad, pues el primero surge conforme a los supuestos de hecho que los artículos citados disponen, esto es, que una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida el 17 de octubre de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora.*
> >
> > *"Este punto ya ha tenido oportunidad de estudiarse por la Corte. En sentencia del 18 de septiembre pasado, radicación 14240, se puntualizó, entre otras, lo siguiente:*
> >
> > *"3. En varias oportunidades la Corte ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compartibilidad de la pensión legal de vejez con la voluntariamente otorgada por el empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señalados en la ley.*
> >
> > *Díjose en la más reciente de las sentencias alusivas al problema jurídico planteado por el censor, al determinar los alcances del Acuerdo 224 de 1966, que durante la vigencia de éste no era viable que una pensión de origen voluntario se compartiera con la de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, habida consideración de que la posibilidad consagrada en ese precepto se circunscribe de manera exclusiva a las pensiones de naturaleza legal (rad. 12461, 30 de noviembre de 1999). Es decir, que antes de la expedición del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, no era factible conmutar una jubilación extralegalmente reconocida por el empleador, al cumplir su pensionado directo la densidad de cotizaciones y la edad requeridas para la adquisición del derecho a la pensión de vejez."*

En otro giro, se recuerda, como pretensión subsidiaria se pidió se declare que la UAESPC incumplió con su deber de tramitar la pensión de vejez ante Colpensiones, como se había dispuesto en la resolución reconocedora de la pensión anticipada y

en tal virtud, se declare, la actora no debe reintegrar a dicha entidad, las mesadas que Colpensiones le pagó entre el 1° de abril de 2014 y el 1° de enero de 2018.

Frente a estas solicitudes, el a quo estimó su improcedencia por advertir, la demandada si solicitó en varias oportunidades ante Colpensiones el reconocimiento pensional a favor de la señora María Benita Barrantes y además, la obligación de devolución de dineros a cargo de la pensionada, quedó plasmada en el acto reconocedor de la pensión voluntaria.

En este sentido, observa la Sala, efectivamente la entidad demandada atendió su deber de solicitar a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la aquí demandante, como se extrae de la resolución GNR 118221 de 2 de abril de 2014 expedida por Colpensiones; empero aun cuando ello no hubiera sido así, no le es posible a la aquí demandante sustraerse de la devolución de dichas sumas de dinero, pues deber recordarse, esa obligación quedó plasmada de forma expresa en el artículo quinto de la resolución 0234 de 1999, reconocedora de la prestación anticipada, por virtud de su carácter compartido, así:

> *ARTÍCULO QUINTO. Una vez pensionado (a) por el Instituto de Seguros Sociales, el (la) señor (a) MARIA BENITA BARRANTES DE RODRIGUEZ, se obliga a reintegrar a la Empresa de Licores de Cundinamarca dentro del término de los ocho días hábiles siguientes al pago que le efectúe el I.S.S., las sumas recibidas por concepto de pensión de jubilación hasta cumplir el monto de lo cancelado por la Empresa por este mismo concepto y a título de pensión anticipada, o en su defecto, se compromete a autorizar al Instituto de Seguros Sociales para que pague directamente a la Empresa dichas cantidades.*

En ese orden de ideas, la demandante era conocedora de su deber de reintegrar las citadas sumas y por ello no es de recibo el argumento del recurrente relativo a la buena fe de parte de su prohijada para eximirla de esta carga.

Así las cosas, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos apelados por el demandante, en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDA: COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PABLO ANDRÉS VILLEGAS VARÓN CONTRA AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA. (RAD. 31 2021 00057 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 7 a 9), y por la demandada (folios 11 y 12), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre PABLO ANDRES VILLEGAS VARON en calidad de trabajador y la AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA en calidad de empleador, por el periodo compre ndido entre 01 de julio del año 2014 al 02 de febrero del año 2018.*
>
> ***ABSOLVER*** *de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a la demandada.*
>
> ***CONDENAR*** *al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de ½ smmlv".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Como fundamento de su inconformidad señaló, no se está teniendo en cuenta un testimonio de la parte demandada en que se afirma que en los

desprendibles de pago se relacionan los conceptos que están caracterizados en los comprobantes de nómina, que incluso sobre las horas extras se señala la cantidad de las mismas. Consideró si se probaron las horas extras laboradas y por tanto se deben conceder las pretensiones de la demanda[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 del demandante PABLO ANDRÉS VILLEGAS VARÓN en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, a folios 1 a 3 del expediente virtual archivo "01. Demanda pdf.", las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 3 a 7 del mismo archivo virtual", Aspirando se declare *entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 1° de julio de 2014 y el 2 de febrero de 2018 y su salario era variable. Se condene a la demandada a pagar a su favor la suma de $15'675.148,oo por concepto de salarios dejados de pagar, debidamente indexados, a pagar las diferencias entre los aportes a pensión pagados por la demandada y los que realmente corresponden teniendo en cuenta el salario real, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T., la reliquidación de las cesantías , la reliquidación de la indemnización por despido injustificado, lo ultra y*

[1] **Apoderada demandante (35:44):** Su señoría recurso de apelación va dirigido a solicitar a que se revoque la sentencia, en cuanto en que se niega las condenas solicitadas por esta parte demandante, en razón a que, como usted bien lo dice no hay discusión normativa en la que se pueda afirmar que se tenía que liquidar sobre el salario y las horas extras que percibió mi demandante, no obstante, su señoría no se está teniendo en cuenta un testimonio, en el que si se afirma, un testimonio de la parte demandada, que afirma inclusive se le interrogo que conceptos se estaban caracterizados y descritos en cada desprendible de pago de nómina, testigo que afirmo en esos desprendibles de pago se menciona lo que son horas extras, horas nocturnas, comisiones y las horas extras se determina la cantidad en horas, por lo tanto, su señoría un testigo si afirmo que los desprendibles de pago, los cuales obran en los folios del 31 al 75, si se está describiendo, si se pronuncia por la parte demandada lo que son las horas extras en cantidad, quiere decir esto su señoría que si se probó las horas extras y por lo tanto, se debe conceder las pretensiones que se está pidiendo por esta parte demandante. En consecuencia, su señoría solicitó con el recurso de apelación que se revoque la sentencia, en cuanto a que se niegan las condenas y se concedan las pretensiones solicitadas, su señoría muchas gracias.

extra petita y las costas del proceso, argumentando que los dominicales y festivos que se le pagaron, fueron liquidados con el salario básico, mas no se tuvieron en cuenta para su contabilización, las comisiones que devengó mes a mes.

Obtuvo en primera instancia una decisión adversa, por cuanto si bien se declaró la existencia del contrato de trabajo, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar la juez el *a quo* que los dominicales y festivos deben liquidarse teniendo en cuenta el salario devengado. Explicó, el concepto salario no corresponde únicamente al básico, sino además por las comisiones y para el pago de los dominicales y festivos debe tenerse en cuenta lo percibido por el trabajador por concepto de comisiones; al efecto citó lo dispuesto en los artículos 176 y 179 C.S.T. Sin embargo concluyó, no habiendo discusión respecto a que el demandante recibía un salario variable, no logró demostrar cuantos y cuales dominicales y festivos laboró y no le fueron pagados correctamente, por lo que no encontró mérito para la reliquidación de prestaciones solicitada. Recabó en que la prueba testimonial no ofreció ninguna información en ese sentido y de los comprobantes de nómina aportados no se puede determinar si el número que figura al frente del concepto de dominicales y festivos corresponde a horas, como quiera que ninguno de los testigos hizo claridad al respecto.

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

De entrada, se advierte que en el asunto no existe controversia en cuanto a la declaración de la existencia del contrato de trabajo que unió a las partes, ni frente a sus extremos temporales, pues tales aspectos fueron declarados por la Juez *a quo*, e incluso reconocidos por la pasiva desde su contestación y se pueden constatar con la documental visible a folios 14 a 35 (certificación laboral, contrato de trabajo y otrosís al contrato), 36 a 72 (comprobantes de nómina), 73 (liquidación definitiva de prestaciones) 76 a 82 (planillas de pago de aportes a seguridad social). Tampoco existe controversia respecto a que el demandante devengaba un salario variable, compuesto por un básico equivalente al salario mínimo legal mensual vigente más

las comisiones que se encuentran pactadas en el contrato de trabajo y sus respectivos otrosi.

Pues bien, bajo las premisas señaladas, la Sala entrará a determinar si es procedente la reliquidación de lo pagado al actor por concepto de recargo dominical o festivo. Para resolver este asunto, se advierte que el argumento expuesto por la juez a quo consiste en que en autos no se acreditaron los domingos o festivos efectivamente laborados por el actor, y ante tal deficiencia probatoria, dice, no es posible determinar diferencia alguna a favor del convocante del juicio. No obstante, no debe perderse de vista que la causación de los recargos dominicales y festivos, fue un hecho indiscutido dentro del proceso, pues el objeto de la pretensión se circunscribió a la reliquidación de los montos que por este concepto le fueron pagados al demandante por su empleador.

En ese orden, analizados los comprobantes de nómina aportados con la demanda (flos. 36 a 72 archivo 004. PRUEBA, expediente virtual), se extracta que la demandada reconoce el tiempo laborado por PABLO ANDRÉS VILLEGAS VARÓN en días domingos y festivos, para el periodo respectivo de pago. A manera de ejemplo, se traen los siguientes comprobantes:

AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA. **Nit: 9000745898**

DESPRENDIBLE DE PAGO DE NÓMINA

NOMINA	AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA	**FECHA**	2020-12-29
PERIODO	2014-10-01 **A** 2014-10-30	**HORA**	05:15 p.m.
CENTRO COSTO	HOMECENTER SOACHA	**PAG**	1/1
Nro.Identificacion	**Nombre**		
1010168771	PABLO ANDRES VILLEGAS VARON		
Cargo	JEFE DE PUNTO		
Salario Mensual:	658.000,00		

Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido
COMISION	0,00	1.377.049	
SUELDO	30,00	658.000	
AUXILIO DE TRANSPORTE Y/O CONECTIVIDAD	30,00	72.000	
RECARGO DOMINICAL 0.75	16,00	32.900	
SALUD EMPLEADO FAMISANAR	30,00		82.718
PENSION EMPLEADO PORVENIR	30,00		82.718
SUBTOTAL:		**2.139.949**	**165.436**
NETO A PAGAR:		**1.974.513**	

AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA. **Nit: 9000745898**

DESPRENDIBLE DE PAGO DE NÓMINA

NOMINA	AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA	**FECHA**	2020-12-29
PERIODO	2016-11-01 **A** 2016-11-30	**HORA**	05:50 p.m.
CENTRO COSTO	HOMECENTER DORADO	**PAG**	1/1
Nro Identificacion	**Nombre**		
1010168771	PABLO ANDRES VILLEGAS VARON		
Cargo	JEFE DE PUNTO		
Salario Mensual:	728.000,00		

Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido
COMISION	0,00	3.112.084	
SUELDO	30,00	728.000	
AUXILIO DE TRANSPORTE Y/O CONECTIVIDAD	30,00	77.700	
RECARGO DOMINICAL 0.75	24,00	54.600	
SALUD EMPLEADO FAMISANAR	30,00		155.787
PENSION EMPLEADO SKANDIA	30,00		155.787
FONDO SOLIDARIDAD SKANDIA	30,00		39.000
FONDEFAL APORTE MENSUAL	0,00		150.000
DSCTO. PRESTAMO LIBRANZA COMPENSAR CUOTA 11 de 60	0,00		176.843
FONDEFAL DESCUENTO SOLIDARIDAD	0,00		500
DONACION AMERICA SOLIDARIA	0,00		1.000
DESCUENTO POLIZAS ASF	0,00		55.980
SUBTOTAL:		**3.972.384**	**734.897**
NETO A PAGAR: 3.237.487			

AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA. **Nit: 9000745898**

DESPRENDIBLE DE PAGO DE NÓMINA

NOMINA	AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA	**FECHA**	2020-12-29
PERIODO	2016-12-01 **A** 2016-12-30	**HORA**	05:51 p.m.
CENTRO COSTO	HOMECENTER DORADO	**PAG**	1/1
Nro Identificacion	**Nombre**		
1010168771	PABLO ANDRES VILLEGAS VARON		
Cargo	JEFE DE PUNTO		
Salario Mensual:	728.000,00		

Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido
COMISION	0,00	3.269.256	
SUELDO	30,00	728.000	
AUXILIO DE TRANSPORTE Y/O CONECTIVIDAD	30,00	77.700	
RECARGO FESTIVO 1.75	8,00	42.467	
PRIMA DE SERVICIOS	15,00	1.954.100	
RECARGO DOMINICAL 0.75	16,00	36.400	
SALUD EMPLEADO FAMISANAR	30,00		163.045
PENSION EMPLEADO SKANDIA	30,00		163.045
RETENCION EN LA FUENTE	30,00		49.000
FONDO SOLIDARIDAD SKANDIA	30,00		40.800
FONDEFAL APORTE MENSUAL	0,00		150.000
FONDEFAL DESCUENTO PRESTAMO	0,00		44.856
DSCTO. PRESTAMO LIBRANZA COMPENSAR CUOTA 12 de 60	0,00		176.843
FONDEFAL DESCUENTO SOLIDARIDAD	0,00		500
DONACION AMERICA SOLIDARIA	0,00		1.000
DESCUENTO POLIZAS ASF	0,00		55.980
SUBTOTAL:		**6.107.923**	**845.069**
NETO A PAGAR: 5.262.854			

AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA. **Nit: 9000745898**

DESPRENDIBLE DE PAGO DE NÓMINA

NOMINA	AGENCIA DE SEGUROS FALABELLA LTDA	**FECHA**	2020-12-29
PERIODO	2015-01-01 **A** 2015-01-30	**HORA**	05:18 p.m.
CENTRO COSTO	HOMECENTER SOACHA	**PAG**	1/1
Nro Identificacion	**Nombre**		
1010168771	PABLO ANDRES VILLEGAS VARON		
Cargo	JEFE DE PUNTO		
Salario Mensual:	682.000,00		

Concepto	Cantidad	Devengado	Deducido
COMISION	0,00	100.000	
COMISION	0,00	3.023.081	
SUELDO	30,00	682.000	
AUXILIO DE TRANSPORTE Y/O CONECTIVIDAD	30,00	74.000	
RECARGO FESTIVO 1.75	16,00	79.567	
INTERESES CESANTIAS (2014)	15,00	85.531	
RECARGO DOMINICAL 0.75	16,00	34.100	
SALUD EMPLEADO FAMISANAR	30,00		156.750
PENSION EMPLEADO PORVENIR	30,00		156.750
FONDO SOLIDARIDAD PORVENIR	30,00		39.200
SUBTOTAL:		**4.078.279**	**352.700**
NETO A PAGAR:	**3.725.579**		

Analizada dicha documental, se observa que en frente de cada concepto figura otra casilla denominada cantidad. Puntualmente frente al concepto “recargo dominical 0.75” refiere como cantidad “16” y en otos “24”, sin especificar si corresponde a días u horas. Fue precisamente esta situación, lo que llevó a la juez a quo a concluir, la no acreditación de las fechas exactas y número de horas correspondientes a dominicales y festivos que laboró el actor, lo que a su juicio impidió acceder a las súplicas de la demanda.

Al efecto, recuerda la Sala, el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en cuanto a la apreciación de las pruebas, enseña, deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así mismo para un correcto análisis probatorio, el juzgador debe hacer acopio de las reglas de la lógica y la experiencia, que permiten arribar a un convencimiento libre de excesiva rigidez frente a la prueba.

En ese orden, a partir de las documentales a que se ha hecho referencia, para la Sala resulta claro, que la cantidad que figura en frente del concepto recargo dominical, corresponde a las horas dominicales laboradas por el actor, pues los

número 16 y 24, no podrían corresponder a días, partiendo del hecho que un mes tiene tan solo cuatro domingos y por tanto, para esta Corporación, los medios de prueba aportados, si permiten acreditar la cantidad de horas dominicales laboradas por el trabajador. Así mismo, a partir de dichas probanzas se establece claramente, el trabajo dominical, le fue liquidado al demandante únicamente con base en el concepto "sueldo", sin tomar en cuenta los devengos por concepto de "comisión".

Empero, debe recordarse, la juez de primer grado consideró, el trabajo dominical debe liquidarse con base en todo lo devengado por el trabajador, esto es incluyendo las comisiones. Pues bien, para solventar tal cuestión, debe recordarse que los recargos dominicales y festivos se remuneran conforme lo previsto en el artículo 179 del C.S.T., modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, el cual dispone el pago de un 75% adicional sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas, así:

> " *ARTICULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. 1. El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el* ***salario ordinario*** *en proporción a las horas laboradas.*
>
> *2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.*
>
> *3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.*
>
> *PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.*
>
> *Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.*
>
> *Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario".*

Para liquidar este concepto, debe tenerse en cuenta además, lo previsto en los artículos 180 y 181 del estatuto adjetivo laboral, esto es, si se trata de trabajo ocasional o habitual en día domingo. Así el trabajador que labora de manera excepcional el día de descanso obligatorio, tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado dentro del salario ordinario o, en su lugar, a una retribución en dinero por trabajo en domingo o festivo, consistente ésta última en el recargo adicional del 75% sobre el salario ordinario; mientras que la labor habitual, a las luces del artículo 181 en mención, da derecho al descanso compensatorio remunerado dentro del salario, más la mencionada suma adicional del 75%.

Entonces, con el fin de determinar si le asiste razón a la a quo en sus afirmaciones, debe dilucidarse si las expresiones "salario" y "salario ordinario" significan lo mismo, o si por el contrario, cuando el legislador hace referencia a ellos, tienen connotaciones diferentes; asunto que resulta de vital importancia a la hora de determinar la procedencia de las pretensiones del libelo demandatorio.

Sobre el particular, se pronunció el Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 10 de noviembre de 1959, donde señaló:

> *"Cuando el Código habla de "salario" solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al artículo 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292 y 306, entre otros; en cambio, cuando se refiere o emplea la expresión "salario ordinario", es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurran a constituir la "remuneración fija u ordinaria" a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los artículos 173, 174, 192 y 204."*

A partir de lo enseñado por la jurisprudencia de tan veja data, queda en evidencia, estas expresiones tienen connotaciones diferentes y frente a la diferencia entre una y otra se hace referencia en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su literalidad señala:

> "*Artículo 127. <u>Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria</u>, fija o variable, <u>sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio</u>, sea cualquiera la forma o denominación*

que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones"

Así lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicación 4032 de 1° de marzo de 1991, oportunidad en la que explicó:

"Ninguna discusión puede haber acerca de que el Tribunal sí llevó a cabo una interpretación del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que dejó copiados en el fallo acusado sendos fragmentos de las sentencias de 15 de enero y 10 de noviembre de 1959, en las cuales la Corte interpreta el susodicho artículo explicando que cuando la ley se refiere expresamente al "salario", sin calificarlo, deben entenderse entonces comprendidos en dicho concepto todos los elementos que lo constituyen, como ocurre, entre otros, en el específico caso del artículo 64 ibídem, o sea, la indemnización compensatoria por incumplimiento de contrato de trabajo; mientras que si habla de "salario ordinario" se circunscribe a la "remuneración fija u ordinaria"."

La anterior postura jurisprudencial se ha mantenido vigente, al punto que en sentencia SL 4369 de 2015, con radicación 43918 de 15 de abril de 2015, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la reiteró e incluso aclaró, el salario ordinario es uno de los factores de salario, conforme al artículo 127 C.S.T., en los siguientes términos:

"Al respecto debe recordarse que se especifica como "salario básico u ordinario", el primero de los componentes del "salario", y lo conforman los pagos que efectúa el empleador al trabajador como contraprestación directa del servicio, sea variable o fija, en dinero o en especie, sin importar cualesquiera de los tipos de contingencia, circunstancia a que se haya visto sometido el trabajador, siempre que haya laborado en el respectivo periodo (el día, la semana, la quincena o el mes) según acuerdo entre las partes. Este concepto del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sumado a los pagos de otros factores salariales como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones, entre otros, a condición de que también remuneren directamente servicios, conforma lo que la doctrina llama solo "salario"."

Por lo anterior, siguiendo las pautas establecidas por la Corporación de Cierre de esta jurisdicción y habiendo adelantado un mejor estudio del problema jurídico, esta Sala de decisión, recoge cualquier criterio en contrario que se hubiera proferido en pretéritas decisiones, que no abordaron en temas como el presente, una correcta diferenciación entre las expresiones “salario” y “salario ordinario”

Así las cosas, acuñando todo lo analizado en precedencia, concluye esta Sala de decisión, cuando el artículo 179 del C.S.T. hace referencia a que el trabajo en domingos o festivos se remunera con un recargo del 75% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, dicho “salario ordinario” no incluye las comisiones devengadas por el trabajador, siendo ese el problema jurídico planteado por el actor desde los umbrales del proceso y reiterad en apelación, concluyéndose, tal como se anotó, el salario ordinario para liquidar el trabajo dominical y festivo no incluye los demás elementos que constituyen la expresión “salario”.

En ese orden, analizadas las pruebas aportadas a paginario, particularmente los comprobantes de nómina, se advierte, la demandada Agencia de Seguros Falabella, liquidó correctamente los dominicales laborados por el aquí demandante, pues lo hizo sobre el salario básico, que correspondía al mínimo legal mensual vigente, sin tomar en cuenta las comisiones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala confirmará la decisión absolutoria impartida por la juez de primer grado, pero con base en los argumentos plasmados en esta providencia.

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 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GONZALO ALONSO RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- (RAD. 32 2020 00407 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fl. 4), pues los allegados por la parte demandante se presentaron fuera de termino, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de octubre del 2021 (*Acta y audio archivos 13 y 14, expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 1:36:10)*:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante GONZALO ALONSO RAMÍREZ.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma $100.000.*
>
> ***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 de la parte demandante, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GONZALO ALONSO RAMÍREZ las pretensiones visibles a folios 2 a 4 del escrito de demanda (*Archivo 1, expediente digital)*, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 6 del mismo archivo, encaminadas a que de manera principal se le reconozca la pensión vitalicia de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988 a partir de los 55 años de edad, junto con el retroactivo causado, mesadas adicionales, reajustes de ley, intereses moratorios o en su defecto la indexación de los valores reconocidos, descontar los aportes que corresponda por concepto de salud, derechos *ultra y extra petita.* En subsidio solicita se estudie su derecho a la luz de la Ley 100 de 1993 o del Acuerdo 049 de 1990. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones, tras considerarse que si bien el accionante es beneficiario del régimen de transición por edad no acreditó las semanas requeridas por el acto legislativo para conservarlo y por ende aplicarle la Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990, precisando el *a quo* no encontrar acreditado algún tipo de mora achacable a Colpensiones que diera lugar a sumar semanas de cotización, igualmente señaló no tener derecho al reconocimiento pensional en virtud de la Ley 100 de 1993 en tanto solo cuenta con 1116 semanas de cotización cuando las requeridas son 1300.

De manera preliminar y para resolver el presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[1], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el

[1] "*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*

31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del accionante (*Archivo 1, pág. 38 expediente digital*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el **1° de abril de 1954**, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 el actor contaba con 40 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, 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 el caso que se examina, aunque el demandante procura de manera principal la aplicación de la Ley 71 de 1988, lo cierto es que de acuerdo con su reporte de semanas cotizadas en pensiones (*Archivo 6 expediente digital, págs. 25 a 33*) solo cuenta con aportes al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), no existiendo dentro del plenario elemento de prueba alguno del que se pueda desprender la prestación servicios al sector público o la existencia de cotizaciones efectuados a otras cajas de previsión social.

En ese entendido, no habría lugar a reconocer la pensión al tenor de lo reglado en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, porque se insiste, dicha previsión normativa no le resultaba aplicable.

---

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"

No obstante, de analizarse la prestación pensional a la luz de lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990, que es la que se ajusta a sus situaciones particulares del actor en virtud de la transición de la que inicialmente es beneficiario, en cuyo artículo 12 se exigen 60 años de edad, en el caso de los hombres, y 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, se encuentra lo siguiente:

En relación con el requisito de edad, el demandante alcanzó los **60 años** el **1° de abril del 2014**, es decir, en fecha posterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -31 de julio de 2010-, por lo cual debía acreditar el actor **750 semanas al 29 de julio del 2005** con el fin de que el beneficio de la transición se extendiera hasta el año 2014.

En ese contexto, procede la Sala a revisar el número de semanas cotizadas por el afiliado, frente a las cuales se señala en la demanda Colpensiones no contabilizólas siguientes:

- TEXMERALDA S.A.: 27 de febrero de 1974 al 24 de noviembre de 1978, solo se reflejan hasta el 23 de enero de 1977 (hecho No. 6).
- NASSER LEZACA CIA LTDA.: del 1° de diciembre de 1978 al 31 de diciembre de 1981, solo se cotizan hasta el 23 de enero de 1979 (hecho No. 7).
- COOPTRANSMATEO: desde el 1° de enero de 2000 al 31 de diciembre del 2004, solo obra inscripción desde el 1° de enero del 2001 (hecho No. 8)
- ALCALDIA DE SOACHA: del 11 de octubre del 2005 al 3 de septiembre del 2020, no fue afiliado desde tal fecha (hechos 9 y 10).

Así las cosas, encuentra la Sala en las páginas 40, 41 y 42 del Archivo 1 del expediente digital los siguientes documentos:

- Certificación de la Directora Administrativa de Recursos Humanos de Soacha en donde se indica que el demandante estuvo vinculado a la Administración Municipal del 1° de septiembre de 2008 al 3 de septiembre del 2020.

- Certificación de la Cooperativa Multiactiva de Transportadores de San Mateo "COOPTRANSANMATEO" señalando la vinculación del demandante a tal cooperativa desde Enero de 2000 hasta Noviembre del 2004.
- Carné con logo de TEXMERALDA, en el cual se muestra como fecha de ingreso 27 de febrero de 1974 y se anota como válido hasta el 23 de julio de 1975.

En este orden de ideas, en relación con **TEXMERALDA** señala el accionante haber trabajado allí hasta el 24 de noviembre de 1978, aduciendo en su libelo, COLPENSIONES solo tiene en cuenta el periodo del 27 de febrero de 1974 al 23 de enero de 1977; advirtiendo la Sala, aun cuando aparecen unas cotizaciones en la historia laboral por dicho periodo -del 27 de febrero de 1974 al 23 de enero de 1977- (*historia laboral, archivo 6 expediente digital págs. 25 a 33)*, con el empleador "SIN NOMBRE", podría entenderse que por lo menos el señor GONZALO ALONSO RAMIREZ para el 27 de febrero de 1974 pudo haber trabajado con el empleador **TEXMERALDA,** pues coincide la fecha inicial de cotización -27/02/1974- con la señalada en el carné obrante en la página 42 del expediente digital, como fecha de ingreso a tal empresa -27/02/1974-; no obstante lo anterior, lo cierto es que no se acreditó en autos que con posterioridad al 23 de enero de 1977 (fecha última cotización reportada a Colpensiones) y hasta el 24 de noviembre de 1978, periodo que se alega en la demanda como no cotizado, el actor tuviera un vínculo contractual con tal sociedad y en esa medida no se pueden agregar dichas semanas a su historia laboral.

En relación con **NASSER LEZACA CIA LTDA**. el accionante solicita se incluyan las semanas correspondientes del 24 de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1981, las cuales desde ya se negaran en tanto no se probó dentro del litigio la continuidad de las labores del demandante con tal empleadora hasta el 31 de diciembre de 1981 pues tan solo obran cotizaciones hasta el 23 de enero de 1979, sin que tampoco se reporte en la historia laboral algún tipo de mora que pudiera ser achacable a Colpensiones, de modo que no se suma tal lapso en las cotizaciones del actor.

Frente a los aportes de **COOTRASANMATEO** se tiene que si bien en la certificación obrante en la página 41 del Archivo expediente digital, se indica que

la vinculación del actor con la empresa dató desde ENERO del año 2000, lo cierto es que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones solo ocurrió en el enero del año 2001 y en esa medida ante la inexistencia de una afiliación para el año 2000 COLPENSIONES no podía ejercer acciones de cobro por los lapsos que en el reporte de semanas no figuran, por ende es claro que la falencia en la contabilización de estas semanas en la historia laboral del promotor del litigio, en manera alguna puede entenderse como una omisión de Colpensiones, situación que no se puede enmendar con la sola certificación que da cuenta de la existencia de un vínculo en los periodos reseñados en la demanda.

Ello por cuanto 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.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), situación que no es la que se está peticionando a través de ésta demanda. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[2].

---

[2] ***2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.***

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (…)

Teniendo en cuenta lo antedicho, no es posible incluir dentro de la historia laboral del actor los ciclos del 1° de enero al 31 de diciembre del año 2000, que no figuran cotizados por el empleador COOTRASANMATEO.

Iguales consideraciones se tomarán en relación con el vínculo sostenido por el demandante con la **ALCALDÍA DE SOACHA,** quien alega haber iniciado sus labores desde el 11 de octubre del 2005, sin embargo tal vinculación no se encuentra acreditada, pues la afiliación se dio en septiembre del 2008 tal como así lo certifica tal entidad (pág. 40 Archivo 1 expediente digital) y en esa medida si la intención del demandante era probar que trabajó allí desde el 2005 así debió demostrarlo, iterando frente a dichos periodos reclamados -11/10/2005 a 31/08/2008- no existió afiliación por parte de la ALCALDIA DE SOACHA y en ese orden como atrás se indicó la Administradora Colombiana de Pensiones no podía cobrar dichas cotizaciones.

En ese orden, dejando claro que los periodos alegados en el libelo introductor como no contabilizados por COLPENSIONES, no pueden ser tenidos en cuenta por parte de ésta Corporación, se concluye el señor GONZALO ALONSO RAMIREZ tan solo cuenta con **415** semanas de aportes al 29 de julio del 2005, conforme a la historia laboral emitida por la pasiva (*Archivo 6 expediente digital, págs. 25 a 33*), esto es, cifra inferior a la exigida por el Acto Legislativo 01 del 2005 para conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre del 2014, razón por la cual se concluye en los términos del nuevo texto constitucional, el demandante ya no se encuentra amparado por dicho beneficio razón por la cual no puede ser estudiado su derecho conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, advirtiendo que no es beneficiario del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, resulta que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que para el 1° de abril del 2016, fecha en la que alcanzó los 62 años de edad tan solo contaba con 890.37 semanas cuando las requeridas para esa época eran 1300 para quienes no eran

---

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)

beneficiarios del régimen de transición (Articulo 33 L. 100/93 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003).

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 ni de la Ley 100 de 1993, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO HERRERA CASTELLANOS CONTRA ASESORES EN DERECHO S.A.S. en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo de la Flota Mercante "PANFLOTA", la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones "PANFLOTA" y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (RAD. 33 2017 00402 01).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 951 a 955) y las demandadas ASESORES EN DERECHO (folios 948 a 949), PORVENIR (folios 956 a 957), FIDUPREVISORA (folios 958 a 962), el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (folios 963 a 966) y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (folios 967 a 984), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas ASESORES EN DERECHO S.A.S - en su calidad de mandataria con representación del Patrimonio Autónomo de la Flota Mercante "PANFLOTA"- , PORVENIR S.A., la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS - como administradora del Fondo Nacional del Café- y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora de PANFLOTA, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de julio de 2021 *(Audiencia virtual de trámite y*

juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 47:37, parte 2, CD folio 942, acta folio 943 y 944), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el señor JAIRO HERRERA CASTELLANOS fue trabajador de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA por el periodo comprendido entre el 24 de marzo del 82* (sic) *y el 06 de diciembre del 89.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ASESORES EN DERECHO S.A.S en su calidad de mandataria con representación del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA a expedir en favor del demandante la resolución de bono pensional o cálculo actuarial que le corresponda al demandante, por el tiempo laborado por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, teniendo como último salario devengado $112.078 pesos.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR S.A a que proceda a elaborar el cálculo actuarial correspondiente al periodo laborado por el demandante, comprendido entre el 24 de marzo del 82 y el 06 de diciembre del 89, teniendo como base el último salario efectivamente devengado por el demandante, esto es la suma de $112.078 pesos, debidamente indexado a la fecha de la expedición del mismo e incluir en la historia laboral del señor JAIRO HERRERA CASTELLANOS el tiempo laborado para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, conforme lo establecido en el parágrafo del artículo 4 del Decreto 1887 de 1994.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la FIDUPREVISORA S.A a través de su representante legal o quien haga sus veces, a que en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA traslade el valor actualizado del cálculo actuarial que se refiere el numeral anterior con destino a PORVENIR, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** de manera subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a que en caso de ser necesario gire los recursos a FIDUCIARIA LA PREVISORA para que se cumplan las órdenes aquí impartidas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** a PORVENIR a recibir el pago del cálculo actuarial e incorporar en la historia laboral del demandante el periodo laborado por él en la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, esto es 24 de marzo del 82 al 06 de diciembre del 89.*
>
> ***SEPTIMO: ABSOLVER** a las demandadas de la pretensión de indemnización de perjuicios elevada por la parte actora, por las razones expuestas.*
>
> ***OCTAVO: ABSOLVER** al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y en tal sentido declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, indebida vinculación del MINISTERIO y falta de legitimación en la causa.*
>
> ***NOVENO: DECLARAR** no probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, imposibilidad jurídica para reconocer el cálculo actuarial o bono pensional, buena fe, cosa juzgada, y demás elevadas por las demandadas PORVENIR, ASESORES EN DERECHO, FIDUPREVISORA Y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.*
>
> ***DECIMO: COSTAS** de esta instancia a cargo de FIDUPREVISORA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y PORVENIR, como agencias en derecho 2 salarios mínimos a cargo de cada una de las demandadas y en favor del demandante."*

La anterior decisión fue corregida en su numeral primero, por solicitud de la parte actora, en el sentido de indicar que el extremo inicial de la relación laboral es el 23 de marzo de 1982 (*récord 1:40:54, ibídem*).

Contra la mentada sentencia, el demandante y las demandadas ASESORES EN DERECHO, PORVENIR, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y la FIDUPRESORA, presentaron recurso de apelación.

En primer lugar, la parte actora refiere su inconformidad respecto del último salario, la exoneración de responsabilidad respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el valor de las costas.

Así, advierte, el juzgado tomó los datos de la liquidación final como si el salario fuera en pesos, siendo este en dólares americanos, el cual convertido con base en la tasa representativa del año 1989 ascendía a $312.574 pesos, cifra esta con la cual debe, en su sentir, efectuarse el cálculo actuarial.

Sobre ello, además dice, no hay lugar a indexar el salario pues para ello hay un *DTF* que "*va intrínseco, incluido en la norma",* por lo que, atendiendo lo previsto por el legislador y con base en el salario anotado, debe ordenarse a ASESORES expedir la resolución y a PORVENIR efectuar el cálculo actuarial. Acota, se ha querido inducir en error alegando cosa juzgada cuando se hace sobre un salario que no se ajusta a la realidad.

De otro lado, indica, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 66 de 1942, en concordancia con el concepto del 15 de febrero de 2001 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Ministerio de Hacienda debe cubrir las deudas del Fondo Nacional del Café, y en todo caso, considera, esa entidad debe ser responsable porque era dueña de la Flota Mercante Grancolombiana, y en ese orden, debe seguir "*demandado hasta que no se pague la sentencia que aquí se profirió".*

Por último, deja sentada su inconformidad respecto el valor de las costas fijadas en la sentencia[1] (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 54:36, parte 2, CD folio 942, acta folio 943 y 944*).

---

[1] *"Okey bueno perfecto, en esta etapa del proceso de la audiencia con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación parcial contra el numeral 2, numeral , numeral 4, y como consecuencia el numeral 5, pues en cuanto a la FEDERACIÓN, el numeral 8, y el numeral 10, por las siguientes razones en derecho:*

En primer lugar, el despacho toma los datos de la liquidación final como en pesos cuando los salarios son en dólares americanos, entonces de ahí surge el gran error en cuanto al salario, porque efectivamente el salario da 8.797.93 dólares que dividido por 12 nos da un salario de 733.16 dólares, que al cambio del 06 de diciembre de 1989 la tasa representativa era 426.34 luego el último salario devengado para efectuar el cálculo actuarial es 312.574 pesos, que es con el cual debe efectuarse, efectuado el cálculo actuarial hoy supera los 450 millones de pesos, por eso deberá modificarse debido a que son dólares americanos y pasados a pesos colombianos son 312.574, el último salario devengado para tener en cuenta.
Ahora bien, otro error que encuentro en la sentencia y es que el doctor habla de indexado, precisamente una de las normas que contiene el Decreto 1887 es que hay no se da indexación, hay se da un DTF que es el DTF más 3 puntos para efectuar el cálculo actuarial y eso va intrínseco, incluido en la norma, por lo tanto, aplicando la forma como la previo el legislador, entonces debe aplicársele el último salario 312.574, desde el 23 de marzo de 1982 hasta el 06 de diciembre de 1989 aplicando el numeral 4 parágrafo del artículo 1887, por ello, debe modificarse no solo que ASESORES debe expedida la resolución con ese salario, sino que PORVENIR debe efectuar el cálculo actuarial aplicando la fórmula del decreto 1887, pero con el salario 312.574 como último salario devengado.
Aquí quiero llamar a una acotación y es como los apoderados de FEDERACIÓN y ASESORES tratan de inducir a error al indicar que efectivamente, que el juez de tutela ya ordenó y pagó y que están haciendo, están diciéndole a las entidades, venga aquí está el salario de un salario mínimo como se denota en esta resolución, usted elaboré el cálculo actuarial y después viene a decirle a los jueces que esto es legal porque PORVENIR ya hizo el cálculo y lo hizo sobre ese salario, y sobre ese salario usted ya no puede fallar, porque entonces hay cosa juzgada, pero la prueba primero que no han pagado, segundo que trataron de inducir a error, tercero, que hay un fraude procesal claro y evidente de ambos apoderados, que en su momento histórico lo tendrán que revisar las autoridades judiciales correspondientes.
Ahora bien, y PORVENIR tener en cuenta porque dentro del material, dentro de la hoja de diva están los elementos claros, esta absolutamente todo para que pueda efectuar ese cálculo actuarial tal y como lo indica el artículo 33 y la jurisprudencia de la Corte Suprema, que es con ese salario especial, para un caso similar de nosotros 287 de 2018, en el cual se indicó claramente que es el último salario con todos los elementos salariales, que como lo demostré aquí son parte integrante, por eso la empresa los reconocía, por eso PORVENIR deberá efectuar y no acudir a la figura como están acudiendo de que el proceso, que el cálculo actuarial lo haga COILPENSIONES, estando afiliada da la persona a PORVENIR lo haga COLPENSIONES, y luego COLPENSIONES dice esta plata no es mía, y luego el MINISTERIO DE HACIENDA dice es que yo no admito bono pensional porque eso no es bono pensional y entonces, vendría PORVENIR aceptar estos 34 millones de pesos cuando a la fecha hoy son 452 millones de pesos al día de hoy, hecho que debe tener en cuenta PORVENIR al momento de liquidar el bono, porque será responsable de los daños y perjuicios que le ocasione al demandante.
Ahora bien, en el tema de absolver al MINISTERIO y con el debido respeto siempre lo apela por una razón fundamental, yo digo que ya existen 3 razones fundamentales. La primera, el artículo 4 de la ley 66 de 1942 indica que el MINISTERIO DE HACIENDA tendrá que salir a cubrir todas las deudas del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, ello en concordancia con lo que indicó el concepto de la Sala Civil de Consulta y Servicios del Consejo de Estado, en concepto 15 febrero de 2001, pero hoy con las maniobras dilatorias, mire cómo ha dilatado el proceso de pagar una tutela, y viene a decirle al juez que ya la pago, para decirle al juez de tutela que ya no se paga, porque aquí ya no se ordenó y etc., etc., todas esas actuaciones señores abogados van a tener repercusiones en su vida laboral, una vez quedé ejecutoriada.

Juez (1:01:23): *Doctor nos limitamos al recurso, nos limitamos al recurso por favor.*
Apoderado demandante (1:01:27): *es para advertir este tipo de falta de lealtades procesales, que deberían tomarse en cuenta. Por ello, como la Federación ha creado otros fondos y pretende acabar el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ para no pagar esta deuda, pues efectivamente debemos llamar la atención que hoy en el legislativo se está promoviendo una ley para que sea el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO quien pague las pensiones de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, no los bonos pensionales aclaro, pero de todas formas tendrán que ser responsable porque era el dueño de FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA,, por eso debe modificar la sentencia y que siga este demandado hasta que no se pague la sentencia que aquí se profirió, sea una realidad jurídica para el demandante.*
Costas si bien me las notifican no estoy de acuerdo, pero apelo en ese sentido pero el Tribunal ha dicho que solamente en el auto que fije las costas el despacho será susceptible de recurso de

Por su parte ASESORES EN DERECHO menciona, el actor promovió una acción de tutela que va de la mano con lo pretendido en este trámite, en virtud de la cual emitió las resoluciones que reposan en el expediente por las que reconoce el cálculo actuarial, con base en el elaborado por FIDUPREVISORA de conformidad con lo previsto en el otrosí No. 3 del contrato de fiducia mercantil, siendo ajena la responsabilidad de las demás partes intervinientes frente al pago del mismo[2] (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 1:03:12, parte 2, CD folio 942, acta folio 943 y 944*).

A su turno PORVENIR, solicita se revoque la condena en costas impuesta a su cargo, como quiera que las administradoras de fondos de pensiones, frente a la gestión del bono pensional, adelantan obligaciones en cabeza de terceros no atribuibles a esa entidad, lo cual la exonera de cualquier sanción pecuniaria. Adicionalmente, dice, ha estado pendiente de recibir los recursos correspondientes y efectuar las diligencias necesarias para el otorgamiento de una pensión[3] (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 1:05:42, parte 2, CD folio 942, acta folio 943 y 944*).

---

reposición y apelación, pero lo dejó claro para que no quede que yo acepte las costas, cuando estoy apelando pero sé que el Tribunal va indicar que es en el auto que las fija. En los anteriores términos dejo sustentado los alegatos, perdón la apelación parcial de los numerales que indiqué y gracias su señoría por su paciencia, muy amable."

[2] *"Muchas gracias su señoría siendo esta la oportunidad procesal correspondiente de manera muy respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de proferir y le solicitó muy respetuosamente a los Magistrados absolver a mi representada ASESORES EN DERECHO S.A.S, en razón a las siguientes consideraciones.*
En primer lugar, esta apoderada le gustaría hacer un llamado de atención frente a las manifestaciones esbozadas por el apoderado demandante, si bien no es la oportunidad, está haciendo aseveraciones que resultan bastantes fuertes, por lo que solicitó se llame la atención en ese sentido, más aún cuando se señaló en los alegatos de conclusión es que dentro de este proceso existe una acción de tutela o mejor el demandante dentro de este proceso inició una acción de tutela que es claro va de la mano con lo que se busca condenar o resolver en el presente caso, en razón de lo anterior, es que mi representada emitió las resoluciones que obran en el expediente donde se evidencia que reconoció un cálculo actuarial, cálculo actuarial que pues ya resulta ser completamente ajeno a mi representada con respecto de la responsabilidad de las demás partes aquí intervinientes frente al pago del mismo, tal como se puede evidenciar esa resolución que mencionó da cuenta que el actuar de mi representada ASESORES EN DERECHO es completamente de buena fe conforme a las obligaciones que se impusieron en su contrato de mandato, y es por lo anterior, que solicitó muy honorablemente a los Honorables magistrados del Tribunal tener en cuenta estas actuaciones que ha venido realizando mi representada, por cuanto es claro que si se reconoce cálculos actuariales en sede de tutela, estos van a incidir en los procesos ordinarios laborales que adelantan los extrabajadores de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE. Es por lo anterior, se solicita tener en cuenta dicho cálculo que se encuentra completamente avalado, dicha resolución perdón, que se encuentra debidamente avalado por la elaboración del cálculo actuarial que en su momento nos allegó la FIDUCIARIA PREVISORA en cumplimiento de las obligaciones que se encuentran en el otro sí número 3, el contrato de FIDUCIA MERCANTIL, en donde se señala que la FIDUCIARIA LA PREVISORA es la encargada de laborar los cálculos actuariales. Siendo así las cosas de esta manera bastante precisa, con el llamado de atención que si realizó al apoderado de la parte actora dejó sustentado mi recurso de apelación, agradeciéndole su señoría la oportunidad brindada."

[3] *"Gracias su señoría. Estando en el momento oportuno me permito respetuosamente frente al despacho presentar el recurso de apelación ante los Honorables magistrados del distrito, del Tribunal Superior del*

Por último, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS pide se revoque la sentencia de primer grado frente a las condenas impuestas a su cargo como administradora del Fondo Nacional Del Café y, en su lugar, se le absuelva de las súplicas de la demanda.

Para ello, en primer lugar, critica la determinación adoptada frente a la institución de la cosa juzgada, la cual, en su sentir, debe declararse probada, como quiera que el actor acudió a la jurisdicción constitucional solicitando la tutela de sus derechos a la seguridad social y se emitieron unas órdenes que se acoplan con lo solicitado en este ordinario, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, por la cual se reconoció, pagó y trasladaron los recursos correspondientes a un título pensional en favor del demandante por los tiempos laborados al servicio de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA y, aunque dicha orden fue emitida de manera transitoria, significó la expedición de una serie de actos por parte de la mandataria, a cargo del patrimonio autónomo PANFLOTA, que surgieron a la vida jurídica y cobraron plenos efectos jurídicos gozando así de la vocación de permanencia.

Así, dice, es con base en estos actos que debe tenerse por probada la cosa juzgada, porque fueron emitidos en cumplimiento de una orden judicial y satisfacen lo perseguido en este trámite. No hacerse de esta forma, advierte, le resta efectividad e importancia a la cosa juzgada.

Distrito judicial de Bogotá y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen dicho recurso me permitó sustentarlo en los siguientes términos.
Respecto de en este momento como podrá mi representada me permito interponer respecto de la imposición que el despacho se sirve imponer a mi representada relacionado con las costas, igual e independientemente del monto que se haya fijado si dejó, si quiero dejar constancia señores magistrados que esta apoderada se aparta en cuanto a la condena impuesta, teniendo en cuenta que siempre hemos sido enfáticos y claros a los largo de todo el litigio en que las administradoras de fondo de pensiones como es el caso que nos ocupa de la que representó, todas y con base en todo lo que se ha venido desarrollando en el presente litigio, se ha dejado claro que todas las gestiones que mi representada está obligada a realizar tendientes para lograr consolidar el bono pensional, y todo lo que tiene que implicar el reconocimiento sagrado derecho que podría tener en este caso el señor JAIRO CASTELLANOS corresponde son obligaciones en cabeza de terceros como se ha venido estableciendo, y no son endilgables a mi representada, lo que siempre, como consecuencia del mismo nos llega a concluir efectivamente lo que adelantamos son gestiones de intermediación entre el afiliado y como lo he mencionado las diferentes entidades, lo que nos exoneraría de cualquier tipo de responsabilidad y sanción pecuniaria, como para que como en el caso que nos ocupa nos hayan impuesto dicha obligación en relación con las costas.
Como también lo hemos manifestado, de ninguna manera mi representada a parte de la buena fe y diligencia que ha efectuado durante todo el tiempo que ha tenido en administración los recursos de hoy demandante, ha sido muy claro y ha estado pendiente para que en el momento que se requiere recibir los recursos correspondientes, se realizará como hemos sido enfáticos y vuelvo lo reiteró, en todas las diligencias tendientes a que una vez revisados y en cumplimiento de los requisitos que se lleguen a verificar, pues no tendría otra opción distinta a generar el reconocimiento de la pensión, con base en los cálculos actuariales y sumas y cifras que arrojen todo este estudio de manera juiciosa, responsable, diligente y por supuesto atado a derecho.
Por las razones anteriores solicitó a los Honorables Magistrados se reconsidere la imposición de costas a mi representada y por el contrario se revoque dicha condena. Muchas gracias."

Por otra parte, solicita se analice cuidadosamente la responsabilidad subsidiaria, pues, en su sentir, el juzgador no revisó los medios probatorios allegados al plenario tendientes a desvirtuar la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, a partir de la cual podría concluirse que esa sociedad no tuvo ninguna injerencia en las decisiones que conllevaron a la liquidación de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, entre estos el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación 1307 de 2001 en la cual se concluye que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, no es la llamada a asumir obligaciones pensionales a cargo de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, consideraciones que, asegura, resultan aplicables al caso que nos ocupa.

Así mismo, señala, la sentencia SU 1023 de 2001 no puede tenerse como parámetro de solución para imponer una condena en su contra, por cuanto en la parte resolutiva se dejó consignado que las órdenes allí previstas gozan de carecen transitorio y favorecen a un grupo poblacional -pensionados- dentro del cual no se encuentra inmerso el demandante, además, por cuanto expresamente se consignó que dicha providencia no implicaba pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pudiera corresponder a la Federación como entidad matriz, frente a las obligaciones de la CIFMG.

De otro lado, sugiere, las condenas desconocen el artículo 281 del C.G.P., si se tiene en cuenta que las pretensiones se clasificaron como principales y subsidiarias, por lo que, habiéndose ordenado a FIDUPREVISORA que se encargara de trasladar el valor del cálculo actuarial reconocido, debe tenerse por satisfecha la pretensión principal sin lugar a analizar las formuladas con carácter subsidiario, las que no pueden reconocerse simultáneamente.

En todo caso, pretende, de confirmarse la condena, se module la decisión. Bajo tal entendido, precisa, el cálculo actuarial y la solución jurisprudencial para imponer el mismo, no aplica de forma automática e irrestricta, la propia Corte ha señalado una serie de parámetros y requisitos, como por ejemplo, que el tiempo de servicios sea requerido para acceder a la pensión, que no es lo que ocurre en el presente asunto.

Como segunda alternativa, propone se dé aplicación al salvamento de voto presentado por el Doctor Fernando Castillo Cadena en la sentencia proferida el 28 de agosto de 2018, dentro del radicado 68421 y a las providencias de tutela T-435 de 2014, T-543 de 2015 y T-281 de 2020, en las que se plantean fórmulas dentro de un marco de equilibrio social y coordinación económica como lo es, tener en consideración el salario mínimo de la época, que se busque un vehículo financiero distinto al cálculo actuarial, no tomar el último salario devengado siendo procedente considerar los salarios de cada uno de los periodos y los topes máximos asegurables para la época de prestación de servicios.

Con relación a los factores salariales, alega, de los instrumentos colectivos no es posible extraer que para el pago de pensiones deba tenerse en cuenta emolumentos como primas extralegales o de antigüedad, dominicales, horas extras, trabajo de ayuda operacional, alimentación, viáticos, suplementos o la totalidad de lo devengado y, por el contrario, su naturaleza, reajuste y reconocimiento en dólares es motivo de controversia, debiendo tomarse únicamente el salario básico o en su defecto el mínimo.

Como tercer alternativa de condena, ilustra, debe autorizarse el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador, pues la justicia no es solo para un extremo de la litis.

También refiere, no puede ser aplicado el concepto de indexación ni las operaciones contenidas en el Decreto 1887, porque los trabajadores de la flota mercante devengaban su salario en dólares y el simple hecho de efectuar su conversión, implica la actualización automática de la suma, por lo que indexarla implicaría una doble condena que no puede ser tolerada.

Finalmente, peticiona se revisen las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de los extremos de la litis y se revoque la condena en costas debido a su actuar de buena fe[4] (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 1:09:12, parte 2, CD folio 942, acta folio 943 y 944*).

---

[4] *"Muy amable su señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente y realizando la salvedad en cuanto a cualquier manifestación que en lo sucesivo proceda a efectuar se realiza con el mayor respeto posible, procedo a proponer mi inconformidad respecto de la sentencia recientemente notificada, y como no me queda otra manera materializó esa inconformidad a través del correspondiente recurso de apelación.*
El objeto del recurso de alzada en primera medida es que los Honorable magistrados de la Sala Laboral, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, procedan a revocar en su integridad las condenas impuestas por parte del fallador de primera instancia contra mi representada la FEDERACIÓN NANCIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su condición de ADMINISTRADORA DEL FONDO

NACIONAL DEL CAFÉ, en sustento de tal solicitud de revocatoria, procedo a exponer juiciosamente los siguientes aspectos de inconformidad:

El primero de ellos es el atinente a que este extremo de la litis no comparte el examen, respetuosamente no comparte el examen por parte del fallador de primera instancia, respecto de la configuración del instituto de la cosa juzgada, contario a lo resuelto por parte de esta respetada sede judicial de primer grado, la figura de la cosa juzgada debió ser decretada y declarada como probada dentro de las presentes diligencias, resulta innegable que el aquí demandante acudió ante la jurisdicción constitucional solicitando le fueran, le fuera tutelado su derecho a la seguridad social y se emitieran una serie de órdenes que se acoplan perfectamente con lo solicitado a través de este trámite ordinario, en virtud de esta solicitud se tuteló favorablemente lo peticionado, mediante la referida sentencia del 09 de febrero del año 2017, emitida por el Honorable Consejo de Estado sección IV, Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Doctor HUGO FERNANDO BASTIAS, dicha sentencia culminó al reconocimiento, al pago y al traslado de los recurso correspondientes a un título pensional en favor del señor HERRERA CASTELLANOS, por concepto del periodo de labores prestado en la desaparecida FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, indudablemente esa orden fue emitida con una naturaleza transitoria pero la misma se proyecta en este proceso, como quiera que dicha orden emitió, significó una serie de actos emitidos por la mandataria con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, es decir, ASESORES EN DERECHO, actos que surgieron a la vida jurídica y cobraron plenos efectos los actos deben ser catalogados como actos que gozan permanencia, no son actos emitidos en virtud de un capricho, sino que es el cumplimiento de una orden judicial, y dichos actos si gozan de esa vocación de permanencia, y en virtud de los mismos se debe declarar probado el fenómeno de la cosa juzgada, los mismos como venía diciendo se proyectan sobre lo perseguido a través de este trámite evacuado ante la jurisdicción ordinaria laboral y satisfacen perfecta y plenamente lo perseguido por intermedio de la misma. Entender la situación de una manera distinta equivaldría a quitarle efectividad y a desconocer la importancia del fenómeno de la cosa juzgada y adicionalmente dejaría la puerta abierta y en tratándose de discusiones evacuadas y ventiladas ante la jurisdicción constitucional, si a la parte promotora no le gusta lo resuelto cuenta indiscriminadamente con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria, desconfigurando, desnaturalizando los propósitos y principios inherentes al ejercicio de la administración de justicia; en ese orden de ideas debe declararse probada la cosa juzgada dentro de las presentes diligencias.

Le agradezco al señor juez le haya hecho un llamado de atención en cuanto a las infundadas manifestaciones por parte del señor abogado de la parte demandante, y de igual manera hago un llamado a que resulta completamente desatinado, desafortunado entender que inducir a error es solicitar el cumplimiento de una sentencia judicial.

Pasando al segundo aspecto de la apelación, en virtud de la cual se solicita la revocatoria de la totalidad de las condenas impuestas en contra de mi demandada, hago un llamado para que el fallador de segunda instancia realice un ejercicio cuidadoso respecto de la configuración del elemento de la responsabilidad subsidiaria, en virtud del cual se culminan en condena en contra de mi representada. Lo anterior se basa, en que este despacho no realizó la debida revisión de los medios probatorios allegados al plenario, tendientes a derruir la configuración de la presunción contenida en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 del año 1995, en virtud de ese material probatorio fácilmente se puede concluir que mi representada no tuvo nada que ver, sus decisiones, sus actuaciones no tuvieron nada que ver en la penosa situación y en la triste liquidación de la desaparecida compañía de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, pero adicionalmente hago un llamado para que los señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, tengan en cuenta probanzas que no fueron advertidas por el fallador de primera instancia como lo es el concepto de Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación 1307 del año 2001, exactamente emitido 15 de febrero, en donde dicha alta Corporación al emitir el concepto solicitado por parte del Ministerio de Trabajo, concluye que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su condición de ADMINISTRADORA FONDO NACIONAL DEL CAFÉ no es la llamada de asumir obligaciones pensionales a cargo de la desaparecida COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE, con valiosísimas consideraciones que perfectamente aplican al caso que en esta oportunidad nos ocupa.

De igual manera, planteando reproche en cuanto a la determinación y el establecimiento de la figura de la responsabilidad subsidiaria en cabeza de mi representada, hago un especial llamado para que el Tribunal tengan, el Honorable Tribunal tenga en cuenta que la sentencia SU 1023 de 2001 si se revisa juiciosamente bajo ninguna circunstancia puede tenerse en consideración como parámetro de solución para establecer una condena a cargo de mi representada, por las siguientes razones: En primera medida, la parte resolutiva de dicha providencia es clara en precisar la órdenes allí contenidas gozan de un carácter transitorio, de igual manera que las órdenes allí contenidas favorecen a un grupo poblacional dentro del cual no se encuentra infortunadamente incluido el señor HERRERA CASTELLANOS y es el grupo poblacional de los pensionados de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, estatus que no alcanzó el señor HERRERA CASTELLANOS; y por último, si se realiza una revisión mínima de dicha sentencia resulta posible advertir que la misma no representa ningún parámetro en cuanto al establecimiento de responsabilidad alguna de mi representada dentro de esta controversias, y dentro del pasivo pensional FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, me veo obligado a citar textualmente la parte resolutiva de dicha decisión en los siguientes términos:

"Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios."

En ese orden de ideas, el análisis respecto de dicha figura indudablemente debe ser mucho más detenido y profundo y en ese orden de ideas en el desarrollo de este recurso de apelación, esa es la solicitud que se le eleva al fallador de segunda instancia.

De igual manera, como tercer punto tendiente a la revocación de las condenas aquí impuestas, he de advertir que el fallo emitido resulta incongruente y desconoce lo establecido en el Código General del Proceso, concretamente en el artículo 281 de dicho estatuto, el marco procesal fijado por el propio extremo demandante implica una serie de pretensiones formuladas de manera libre por parte de los promotores de esta acción, en una clasificación de solicitudes principales y solicitudes subsidiarias; dentro de las pretensiones elevadas a título subsidiario se encuentran incluidas la totalidad de lo perseguido en contra de mi defendida, no obstante, debe advertirse que este fallador ordenó en la sentencia que se reprocha a FIDUPREVISORA S.A que se encargará de trasladar el valor del cálculo actuarial reconocido en la recientemente notificada decisión; en ese orden de ideas, se encuentra plenamente satisfecho lo pretendido a título principal, y en virtud de tal situación, no hay lugar siquiera a entrar al análisis de las pretensiones solicitadas a título subsidiario, recordemos que a todo operador judicial se le encuentra prohibido, se encuentra vetado la posibilidad de reconocer simultáneamente pretensiones a título principal y pretensiones formuladas a título subsidiario, tal cual acontece en la sentencia recientemente notificada y por tal razón habrá de revocarse y por eso se le solicita al fallador de segunda instancia, las condenas impuestas en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su condición de ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DE CAFÉ, ya que ni siquiera habría lugar a proceder al estudio de las mismas.

Ahora bien, en caso que el fallador de segunda instancia consideré que resulta procedente algún tipo de condena dentro de las presentes diligencias, el recurso de alzada presentado adquiere un segundo espectro, y es que la decisión recientemente notificada sea modificada, sea modulada ya que hay razón a tal modulación.

En primer orden de ideas, en sustento de tal solicitud dentro de este segundo espectro como lo venía diciendo en el recurso de alzada, el cálculo actuarial y la solución jurisprudencial para la fulminación del mismo, no aplica en una automática e irrestricta, la propia Corte Suprema de Justicia se ha encargado de establecer una serie de requisitos para que esta solución aplique, en tal sentido entre otras, en sentencia radicada con número 70562 del año 2019, de fecha de 26 de febrero, la Corte Suprema de Justicia estableció este parámetro en cuanto al pago de un cálculo actuarial "El mismo procede cuando el tiempo de servicios es necesario para la consecución de la pensión a cargo de un fondo al cual se encuentre afiliado el reclamante". Dentro de las presentes diligencias no se probó que con el capital que se condenó el demandante eventualmente accediera a una pensión, a lo largo de estas diligencias hipotéticamente se ha hablado de una devolución de saldos, esa hipótesis no se encuentra dentro de las contempladas para que aplique la formulación, fulminación de un cálculo actuarial; y en ese orden de ideas, por lo tanto, dicha solución no aplica dentro de las presentes diligencias.

Ahora bien, como segunda medida de modulación yo le ruego al fallador de segunda instancia tenga en cuenta, que cada situación, cada controversia debe ser asumida de la especificidad de las circunstancias suscitadas, en ese orden de ideas, dentro de las presentes diligencias aplica perfectamente consideraciones alternativas, como las consignadas salvamento de voto presentado por el doctor Fernando Castillo Cadena, dentro de la sentencia emitida el día 28 de agosto de 2018, con radicación 68421 proferida por la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de igual manera sentencia proferidas dentro de la jurisdicción constitucional, como las sentencias T 435 de 2014, T 543 de 2015 y T 281 de 2020, en donde no se plantea lo que dijo el señor juez, que es exclusión total de la responsabilidad de los ex empleadores, no señores, en dichas sentencias se plantean fórmulas que protegen de manera adecuada y completa, reconocen la importancia de la protección adecuada y completa del derecho a la seguridad social, en virtud de parámetros que inclusive en nuestra Constitución Nacional aparecen citados con antelación al parámetro de la jurisprudencia, como lo es el de equidad, que plantea alternativas dentro de un marco de equilibrio social y de coordinación económica, que resulta perfectamente aplicables a este tipo de juicios; y se le ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que siquiera los consideren y los apliquen.

En ese orden de ideas, se deja a consideración como alternativa de condena y de modificación de las órdenes impuestas en sede de primera instancia que se tenga en cuenta el salario mínimo de la época de prestación de labores realizadas por parte el señor HERRERA CASTELLANOS. Que se busqué un vehículo financiero distinto al cálculo actuarial establecido 1887 para solucionar esta controversia en concreto, ya que la misma no se enmarca dentro del ámbito de aplicación establecido en el artículo 1 de dicha disposición y tampoco respecto de lo mencionado en el artículo 4 del decreto. De igual manera, se ruega que no se establezca que no se formule una condena de cálculo actuarial teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador, recordemos que las cotizaciones generan periódicamente, en ese orden de ideas, tener en cuenta el último salario devengado equivaldría a la consideración de un IBC exagerado y para nada representativo, lo que resulta procedente es tener en cuenta los salarios devengados en cada uno de los periodos de prestación de servicios; de igual manera se entiende que para la época del contrato de trabajo del señor HERRERA CASTELLANOS, el sistema de seguridad social colombiano era completamente distinto y regían unas normas distintas a las que hoy determinan el devenir del mismo, y por eso atendiendo ta1 específica circunstancia, en una petición no es exclusiva de este extremo de la litis, sino que inclusive los fondos de pensiones al liquidar cualquier tipo de título o de cálculo actuarial hacen un llamado a que se tengan en cuenta los topes de salario máximo asegurable para la época de prestación de servicios, los cuales indudablemente deben ser respetados y deben ser tenidos en cuenta a la hora de emisión de una eventual condena.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO HERRERA CASTELLANOS, las pretensiones relacionadas a folios 650 y vto., las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados a folios 650 vto. a 654 vto.; solicitando principalmente que se declare fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y en consecuencia se ordene a Asesores en Derecho S.A.S. a expedirle la resolución del bono pensional o calculo actuarial por el tiempo laborado en dicha compañía, condenando a la Fiduciaria S.A. a pagar el título

---

También se plantea reproche en cuanto a la circunstancia relativa a que este Honorable despacho, tuvo en cuenta a la hora de fulminar condena y determinar el salario devengado por el aquí demandante, la totalidad de los emolumentos que se solicitó se declararan como factores salariales, al respecto debe decirse a los mismo, a los que se solicitan se incluyan y fueron declarados por parte de esta sede judicial, encontramos que los instrumentos colectivos aportados al plenario, no permiten extraer que para efecto del pago de aportes de pensión se deba incluir factores tales como primas extralegales, prima de antigüedad, dominicales y horas extras, tampoco se puede incluir trabajo, como conceptos de trabajo de ayuda operacional, alimentación, alojamiento, viáticos, suplementos, y o la totalidad de lo devengado, ya que lo probado a lo largo de este juicio, denota controversia en cuanto a su naturaleza, su reajuste y su reconocimiento en dólares; en ese orden de ideas el salario que debe tenerse en cuenta para una eventual condena debe ser el salario básico y en su defecto el salario mínimo.

De igual forma, se solicita que a título de modulación ante una eventual confirmación de la condena se autorice el descuento del porcentaje de cotización atribuible al trabajador, su señoría la justicia no es solo para un extremo de la litis, la justicia debe operar para todos los intervinientes en un proceso judicial, resulta innegable que es loable y valedero tener en cuenta que un trabajador no puede ver afectada su expectativa pensional, en virtud de una omisión comprobada por parte del legislador, pero esa omisión tampoco puede implicar cargar desproporcionadamente a un ex trabajador, por eso se solicita en ese orden de ideas y acudiendo al principio de la equidad que se haga participe al trabajador de la formación de ese título, de ese cálculo actuarial y se apruebe el descuento del porcentaje atribuible también al interesado en la formación de esa eventual prestación del sistema de seguridad social, eso no es una locura ni es algo que se me ocurre en este instante, la obligación antes era tripartita recuérdese y podemos establecer que ha evolucionado ante una obligación bipartita, establecida clara y expresamente en normatividad como el decreto 3041 del año 1966, en sus artículos 33 y 55 por ejemplo.

Como otra alternativa de condena el señor juez habló en algún momento de indexación, concepto que indudablemente no puede ser aplicado dentro de las presentes diligencias, ni tampoco pueden ser aplicados las operaciones contenidas en el Decreto 1887, que no se puede olvidar que los trabajadores de la desaparecida FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, devengaban sus prestaciones, salarios y demás en dólares, y el simple hecho de convertir lo devengado en dólares a pesos implican una actualización automática y satisfactoria de dichas sumas y si se tiene en cuenta cualquier parámetro contendido bien sea en el decreto 1887, o demás normas concordantes estaríamos en presencia de una doble condena, lo cual bajo ninguna circunstancia puede ser tolerado, máxime de mi representada que es eventualmente una responsabilidad, una responsable subsidiaria pero jamás una responsable principal.

Para culminar, se hace un llamado para que el fallador de segunda instancia haga una revisión juiciosa de las obligaciones asumidas por cada uno de los extremos de esta litis por vía contractual y como última medida se solicita se revise y si es el caso se revoque la condena en costas impuesta en contra de mi representada, ya que la solución de esta controversia encuentra su germen en la aplicación de una hipotética solución de una hipotética alternativa jurisprudencial, en ningún momento se puede catalogar por parte de mi representada un proceder defraudatorio o desconocedor de la normatividad aplicable, lo que se hace aquí es darle curso a una, a un eventual precedente jurisprudencial, pero en ningún momento se puede hablar de una mala fe y la defensa realizada por este extremo de la litis, se realiza con convicción y por lo tanto no procede condena en costas alguna.

En lo anteriores términos dejo sentado el recurso de apelación en esas dos vías, revocatoria de las condenas impuestas y en segundo término modificación de las mismas en las alternativas de condena y modificación expuestas, agradezco su señoría la atención prestada. Muy amable señor juez."

pensional o calculo actuarial que corresponda, igualmente pretende se condene a Porvenir a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante para la pensión de vejez o devolución de saldos, también pretende se condene a las demandadas al pago los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas de la presente acción. En subsidio, pretende se declare la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. o de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el pago del cálculo actuarial; **obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de la relación laboral del promotor del litigio con la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, entre el 23 de marzo de 1982 y el 6 de diciembre de 1989, condenando a Asesores en Derecho como mandataria en representación de PANFLOTA a expedir la Resolución de bono pensión o cálculo actuarial a favor del demandante, a PORVENIR a expedir el cálculo actuarial teniendo en cuenta el último salario del actor, el cual estimó en suma de $ 112.078 y actualizar la historia laboral del actor, a la FIDUPREVISORA a trasladar el valor del dicho cálculo y en subsidio, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. Además, absolvió a las demandadas de la pretensión que procuraba el pago de perjuicios.

Lo anterior, tras determinar, frente al cálculo actuarial, que debe prevalecer el derecho a la seguridad social del trabajador, por ende, teniendo en cuenta que los periodos reclamados por el actor fueron efectivamente prestados, no puede verse truncado su derecho pensional por la omisión en el pago de aportes, pues si bien para dicha época el empleador no estaba llamado a inscripción por el ISS lo cierto es que debía realizar los aprovisionamientos correspondientes, por cuanto su obligación en el año 1990 sino desde la expedición de la Ley 90 de 1946.

De otro lado consideró, como la relación laboral terminó antes de 1989, debía tomarse en cuenta el último salario devengado, el cual encontró acreditado en cuantía de $8.797,93 incluyendo factores como el sueldo, prima de antigüedad, alojamiento, alimentación, salario en especie, recargos, viáticos y prima de servicios, el cual indexado arrojo un valor de $112.078.

Concluyó que existía responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en su calidad de empresa matriz.

Así pues, de acuerdo con los términos de las apelaciones ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por los recurrentes en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quienes no controvirtieron la declaratoria de existencia de la relación laboral del demandante con la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.

En ese orden de ideas, no es motivo de controversia en esta instancia que entre el demandante y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, existió un contrato de trabajo entre el 23 de marzo de 1982 y el 6 de diciembre de 1989, lapso durante el cual esa sociedad no efectuó los aportes a seguridad social en pensiones a favor del trabajador, situación así determinada por el *a quo* frente a la cual no se presentó inconformidad alguna.

Precisado ello, de manera preliminar aborda la Sala el estudio de la excepción de cosa juzgada a la que refieren los apoderados judiciales de las demandadas ASESORES EN DERECHO y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, la cual fue propuesta con fundamento en que existe identidad de partes y de objeto entre el presente proceso y una acción de tutela que culminó con decisión favorable al demandante el 9 de febrero de 2017.

Con relación a la institución jurídica de la cosa juzgada, vale anotar, esta es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 303 del C.G.P[5]., el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere que el "nuevo" proceso, *"verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

Así pues, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre

[5] *"**Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Asimismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. *"La cosa juzgada es el fin natural del proceso"* y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación:

Al respecto se tiene entonces, el demandante, en compañía de otros extrabajadores de la CIFM, presentó acción de tutela contra la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA y ASESORES EN DERECHO S.A.S., mandataria con representación de PANFLOTA, procurando "*ORDENAR a la persona que ejerza como mandatario del Patrimonio Autónomo PANFLOTA que expida el acto administrativo del bono pensional o título pensiona, previo la cuantificación por parte de FIDUPREVISORA por el valor del tiempo de servicio que prestó a la citada, que no le fue cotizado al Seguro Social.*

Una vez expedido el acto administrativo y establecido el bono pensional, la Mandataria deberá reportar al Patrimonio Autónomo de PANFLOTA administrado por la FIDUPREVISORA S.A., dicha información, con el fin de que esa entidad transfiera el valor actualizado de los aportes a que haya lugar a COLPENSOINES o al FONDO DE PENSIONES al cual esté afiliado el extrabajador.

ORDENAR a la Federación Nacional de Cafeteros – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ que en caso de iliquidez o insuficiencia de PANFLOTA suministre a la Fiduciaria la Previsora S.A. FIDUPREVISORA como vocera y administradora del PANFLOTA, los recursos necesarios para el pago del bono o título pensional, con

el objeto que ella los gire a su vez a COLPENSIONES o al FONDO DE PENSIONES al cual esté afiliado el extrabajador, en igual forma como lo ordenó la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-1023 DE 2001 con el objeto de proveer recursos para garantizar el pago total y oportuno de las obligaciones pensionales a cargo de la CIFM" (folio 513).

Dicho mecanismo culminó con sentencia emitida el 9 de febrero de 2017 por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta-, con ponencia del Magistrado HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, en la cual, al decidir sobre la impugnación propuesta por los accionantes, resolvió (folios 513 a 532).

> *"**1. Revocar** la sentencia de 2 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. En su lugar,*
>
> ***2. Tutelar, <u>como mecanismo transitorio</u>**, los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de los señores (...) Jairo Herrera Castellanos, (...).*
>
> ***<u>Los demandantes deberán acudir a la jurisdicción laboral ordinaria, en un término no mayor a cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de la presente providencia. Vencido dicho plazo, la protección cesará y corresponderá a la jurisdicción ordinaria laboral definir la situación de los actores.</u>**"*
>
> ***3. Ordenar** a la persona que ejerza como mandataria con representación de la CIFM hoy liquidada o del Patrimonio Autónomo de Panflota, que abra actuación administrativa tendiente a recibir los documentos necesarios para establecer el tiempo laborado por los demandantes en un plazo que no exceda de tres meses.*
>
> ***4. Ordenar** a la referida mandataria que, transcurrido ese término, dentro de los treinta (30) días siguientes, analice la situación particular de cada uno de los ex trabajadores que presenten documentación, y de acuerdo con los resultados de este análisis, determine el bon pensional que les corresponda.*
>
> ***5.** Establecido en bono pensional de cada uno, la Mandataria referida deberá reportar al Patrimonio Autónomo PANFLOTA administrado por La Fiduprevisora S.A., dicha información, con el fin de que esa entidad transfiera el valor actualizado d ellos aportes a que haya lugar a COLPENSIONES. Para ello, La Fiduprevisora S.A., deberá realizar las gestiones pertinentes ante la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de que gire los recursos necesarios para que se cumplan las órdenes impartidas.*
>
> ***6. Exhortar** al Ministerio de Trabajo y a la Superintendencia de Sociedades, que dentro de sus competencias, ejerzan la vigilancia necesaria para hacer efectivos los derechos garantizados a los actores.*
>
> *(...)"*

De lo anterior surge con claridad, si bien el demandante procuró ante la jurisdicción constitucional el pago del cálculo actuarial a cargo de las demandadas, que resulta ser el objeto principal del presente asunto, no debe perderse de vista que la decisión emitida por el juez de tutela tiene carácter transitorio, de allí que no pueda concluirse, como lo sugieren las recurrentes, que esta revista de carácter definitivo, pues para que ello ocurra debe someterse la misma al control o revisión del juez natural de la causa.

Así lo ha determinado de antaño la Corte Constitucional, quien en sentencia T-098 de 1998, explicó:

> *"Como surge con claridad del artículo 86 de la Constitución Política, cuando se configure la inminencia de un perjuicio irremediable para los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que aun existiendo un medio judicial idóneo para protegerlos la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía, el de tutela está autorizado para conceder el amparo con un carácter transitorio, temporal, mientras aquél, culminado el proceso respectivo, resuelve de fondo.*
>
> ***En tales casos, la tutela se aplica con el objeto exclusivo de impedir el daño irreparable de los derechos afectados, pero el juez constitucional no profiere fallo definitivo acerca de la específica controversia jurídica, la que está sujeta al del juez competente.***
>
> *Al respecto, se reiteran los principios acogidos por la Sala Plena en Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, entre otras, en torno a la autonomía funcional de los jueces, quienes, mientras no incurran en una vía de hecho al decidir sobre el asunto que ante ellos se debate, están libres de toda injerencia de otra jurisdicción en el ámbito de la interpretación que hacen sobre el alcance de la normatividad que aplican y en lo relativo a las resoluciones que adoptan.*
>
> *Por eso, existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la tutela que se otorgue con el fin de evitar un perjuicio irremediable corresponde a una intervención extraordinaria, y apenas en lo indispensable, del juez constitucional en el proceso. De allí que deba ser, por mandato constitucional, transitoria.*
>
> *Es evidente que, si la competencia del juez de tutela y, más todavía, el ámbito de la jurisdicción constitucional, se circunscriben en ese evento extraordinario a prodigar el amparo de los derechos, a la espera de que un juez de otra jurisdicción decida, la transitoriedad de la sentencia respectiva es tan obligatoria como la protección misma. Cumplido su propósito -cuando el juez ordinario dicta su providencia, o cuando vence el término máximo de protección que el propio juez de tutela, considerando las circunstancias del caso, haya señalado-, la orden impartida, de suyo transitoria, pierde vigencia y deja de ser obligatoria. Se realiza en esa forma el propósito constitucional sobre defensa efectiva de los derechos fundamentales, sin que se dupliquen ni confundan las competencias de jueces y tribunales.*
>
> *Ahora bien, en desarrollo del precepto superior, el Decreto 2591 de 1991 dispuso en su artículo 8:*
>
> > *"Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

> *En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.*
>
> *En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.*
>
> *Si no la instaura, cesarán los efectos de éste. (Subraya la Sala).*
>
> *Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso".*

*En virtud de esa normal legal, el accionante favorecido con la decisión judicial de efectos temporales asume una carga procesal de cuyo cumplimiento depende, como el texto transcrito lo resalta, la subsistencia del amparo**. Si no ejerce la acción correspondiente en los cuatro meses que señala la disposición, la tutela concedida pierde automáticamente su vigor**. No es indispensable que un juez lo declare, ni siquiera el de tutela que otorgó la protección, pues en tal circunstancia obra directamente la norma legal, que no se presta a interpretaciones distintas de aquella que surge de su tenor.*

Desde luego, aunque se repite que jurídicamente no es necesario, si al respecto existiera alguna duda en el caso particular, se acudiera al juez de tutela para que así lo declarara, y éste decidiera reiterar para el caso el perentorio mandato de la norma, tan sólo podría hacerlo con ese sentido -el declarativo-, toda vez que habiendo ya culminado el proceso de tutela, carecería de competencia para prorrogar el amparo transitorio o para convertirlo en definitivo."(Negrilla y Subrayas de la Sala)

Así, aunque la determinación del juzgador constitucional fue favorable al aquí demandante, lo cual implicó la expedición de una serie de actos administrativos por parte de ASESORES EN DERECHO (ver folios 647 a 649) para dar cumplimiento a la misma, lo cierto es que ello no releva la competencia de esta jurisdicción, como juez natural de la causa, de estudiar y resolver sobre el asunto de manera definitiva, mediante una sentencia que bien pudiera no ser consistente con lo decido en sede de tutela.

En este sentido, aunque concurra la identidad de partes, objeto y causa, no resulta posible declarar probada la excepción de cosa juzgada.

Evacuado lo anterior, en cuanto a la falta de cobertura del ISS para el periodo laborado por el actor expuesto en la alzada por la Federación Nacional de Cafeteros debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual, no era obligatorio realizar la afiliación, y por ende la cotización de aportes, por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio no existía cobertura del Instituto de

Seguros Sociales y por esa razón no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicha entidad; en Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475[6], fue reexaminado el tema

---

[6] *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"».

considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo

---

De esa reseña jurisprudencial debe resaltarse que el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, lejos de existir progreso en las condiciones laborales que permitiría que quede desprovisto de una atención plena e integral, que se debe por el trabajo desarrollado.

Por demás, el marco histórico constitucional da cuenta que desde la Carta Política de 1886 se previó la protección de los trabajadores, inclusive en estados de conmoción interior, impidiendo la afectación y el desmejoramiento de sus derechos aspecto que debe ponderarse para la interpretación del querer del legislador.

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal".

de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento 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 patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que solo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

Sobre este aspecto, además, la Corte Suprema en sentencia SL 3892 del 2 de marzo del 2016[7], señaló:

> *"En lo que atañe a los **tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria**, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en*

[7] *"En lo que atañe a los **tiempos de servicio prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria**, situación que claramente difiere de la ausencia de afiliación por omisión acabada de ver, esta corporación, igualmente, le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social.*

(…)

Así fue como esta corporación reconoció el principio de la protección integral de la seguridad social al trabajador subordinado, la cual se logra a través de la entidad de la seguridad social respectiva, siempre y cuando se den las exigencias legales y reglamentarias a cargo del empleador, en cualquier evento en que él 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 ISS, o por la omisión del responsable ya sea en la afiliación o en el pago de las cotizaciones debidas, o porque, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, se trata de una empresa que pertenece al sector petrolero que fue llamado a afiliarse mucho después, a partir del 1º de octubre de 1993.

Y tales exigencias deben servir para garantizar que el empleador responda al ISS por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo por su cuenta, pues solo en ese evento él puede liberarse de la carga que le correspondía; sobre todo porque no puede imponérsele al trabajador que, ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de seguridad social, los cuales estaban en cabeza del empleador al momento de la subrogación, pierda el derecho adquirido, con base en el artículo 260 del CST, a que sus tiempos de prestación del servicio como trabajador subordinado sean computados para obtener la pensión y tenga que comenzar de cero ante el nuevo sistema, y quedar como si no hubiese estado aplicando para conseguir una pensión, a causa de la implementación del nuevo régimen de ese entonces, el cual justamente fundamenta la adquisición de este derecho vitalicio en la suma de cotizaciones al sistema, con independencia de si prestó sus servicios o no ante un mismo empleador."

> *comento; como se puede apreciar en las sentencias CSJ del 22 de julio de 2009, No. 32922; del 24 de enero de 2012, No. 35692 y SL 17300 de 2014, donde se impuso condena en este sentido, por haberse encontrado que el empleador, si bien no tuvo el deber de afiliación al ISS en todo el tiempo de la prestación del servicio, de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación, y que los contratos de trabajo estaban vigentes cuando comenzó a regir el nuevo sistema integral de seguridad social (…)"*

A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta la posición asumida por la Corte Constitucional y que puede leerse por ejemplo en la sentencia T-784 de 2010, en la cual concluyó que:

> *"i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.*
>
> *ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.*
>
> *iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa –artículo 72 de la ley 90 de 1946-…*
>
> *Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, (…).*
>
> *(…)*
>
> *En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales."*

Y frente al hecho que no estuviera vigente el vínculo laboral para la data en que se expidió la Resolución No. 3296 de 1990 (folio 137), por la cual se procede a fijar la fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, esto es, 15 de agosto de 1990, bien podemos acudir al literal d)[8] del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reformado por la Ley

---

[8] ***Parágrafo 1°.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*
a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
c) 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.
d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada: *"…si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquello cesó cuando se subrogó la entidad de seguridad social, de forma que ese periodo, <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión,* ***ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho"***

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que:

> *"…infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma".*

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por el gestor judicial de la enjuiciada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, frente al reconocimiento del cálculo actuarial, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otra parte, en lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en el pago

---

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

del cálculo actuarial teniendo en cuenta únicamente el porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar que ésta demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral del demandante con la Flota Mercante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, siendo el empleador el obligado a recaudarlos, como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia éste, pues si bien el llamado de afiliación para los trabajadores marítimos se dio con la Resolución No. 03296 del 2 de agosto de 1990 (fl. 137), esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por el Juez a *quo,* confirmándose su decisión.

Además, para los efectos de este particular caso no tiene trascendencia la proporción con que tanto el empleador como el trabajador deban contribuir al sistema para la construcción de la pensión de este último, por cuanto en verdad el fundamento de la condena estriba en que para ese entonces - cuando no había cobertura del ISS - la pensión estaba a cargo del empleador, así que asumiendo por ese lapso el pago del cálculo actuarial, se libera de su obligación, recuérdese lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 90 de 1946.

Sobre este punto vale la pena indicar, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3924 de 2021, estimó que el empleador debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, puesto que es el único responsable del riesgo pensional, por tal motivo no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales. Puntualmente, ilustró:

> *"Así mismo, si los aportes por dichos tiempos no subrogados por falta de cobertura deben reconocerse vía cálculo actuarial o por medio de las cotizaciones indexadas o con intereses de mora, la Corte también ha señalado en la decisión CSJ SL2465-2021, que:*
>
> *[…]**corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el***

> ***empleador fue el único responsable de la prestación.***
>
> *Por manera que es a través del cálculo actuarial y no de la entrega de cotizaciones con indexación o mora como lo pide la censura, que se deben reconocer los tiempos laborados por un trabajador a una empresa que no se subrogó en el riesgo pensional por falta de cobertura geográfica."*

La anterior cita jurisprudencial sirve igualmente para negar la petición de no ordenarse el pago del cálculo actuarial, sino las cotizaciones debidamente indexadas o la contribución en el pago de esos aportes, para lo cual también cabe recordar al apelante en este punto 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, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora de pensiones tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación -que es el caso que nos ocupa-, **la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción**, (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993), por ende de darse una orden distinta al pago del cálculo actuarial, el tiempo de aportes aquí reclamado no se tendría en cuenta por la AFP PORVENIR. Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[9].

---

[9] ***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)

Establecida entonces la obligación que estaba en cabeza del empleador del actor frente a las cotizaciones en pensiones durante el periodo en que no hubo cobertura, se procede a estudiar las inconformidades relacionadas con el cálculo actuarial al que se condenó y respecto del cual no está conforme el apoderado del actor frente a los salarios determinados por el despacho, advirtiéndose el punto central del recurso es que se ordene efectuar dicho cálculo tomando como base el último salario devengado por el demandante.

En este orden de ideas, resulta necesario traer a colación el Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señalando en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

> *"ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (….)*
>
> *El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha,* ***ni superior a 20 veces dicho salario.***
>
> *PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994* ***el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación."***

Conforme a lo anterior, luce evidente que en efecto el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado[10] por el señor JAIRO HERRERA CASTELLANOS, es decir, el de diciembre de 1989.

En este orden de ideas, se proceder a fijar dicho salario teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1887 de 1994 -***último salario base de liquidación-*** y los factores que lo integran, tal como lo dispone el citado Decreto, precisándose que conforme a una interpretación armónica de los artículos 127 y 128 del C. S. del T., debe entenderse que un pago habitual y continuo, ya en dinero, ora en especie, que retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales, para lo cual se tendrá en cuenta las pruebas aportadas al expediente y especialmente en las que se establezca los valores

[10] La Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 42530 del 22 de abril del 2015 y 42530 del 11 de noviembre del 2015, para la liquidación del cálculo actuarial tomó el último salario devengado.

percibidos por el demandante como contraprestación directa de sus servicios a la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

En esta dirección obra a folio 898 en medio magnético la Hoja de Vida del accionante allegada por la FIDUPREVISOSA S.A., de donde se pueden extraer algunos de los salarios devengados por el trabajador durante su vinculación laboral con la Flota Mercante Gran Colombiana, así como a folio 626 copia de la liquidación final, en la que, para efectos de liquidar la cesantía se señala como valores recibidos en el último año de servicios, esto es, del 7 de diciembre de 1988 al 6 de diciembre de 1989 (fecha en que finalizó la relación laboral), la suma de US 8.797,39, discriminados así:

- Sueldos $3.539
- Prima de antigüedad: $394,16
- Extras $1.972,62
- Alimentación y alojamiento $2.515,06
- Viáticos $20,10
- Recargo trabajo nocturno $356.99

Sin embargo, no debe perderse de vista que esa fue la cifra recibida durante todo el año, por lo que el promedio salarial mensual es de US 733.16, cifra sobre la cual debe PORVENIR efectuar el cálculo actuarial, precisándose el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1989 (*último año en que el actor laboró y hasta donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales*), ni superior a 20 veces dicho salario, tal como lo establece el Decreto 1887 de 1994, inciso 1° del artículo 4.

Valga decir, tal como lo sostiene el demandante, este valor no requiere actualización monetaria pues para ello la misma se convierte a pesos de acuerdo al DTF vigente, el cual trae inmersa la actualización, razón por la cual se modificará la sentencia de primer grado en este punto.

Aunado a lo anterior, no se puede tener como factor salarial la prima de servicios – como en efecto ocurrió en primer grado, pues de conformidad con el artículo 307 del C.S.T.[11], esta no constituye salario, nótese que ésta es una prestación social y por ende conforme se ha sostenido de vieja data por la Corte Suprema de Justicia

[11] **ARTICULO 307. CARACTER JURIDICO.** La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso.

(Gaceta Judicial No. 2462 Radicación 5481. Acta número 7[12]) no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador conforme a lo dispuesto por el artículo 128 del C.S.T., y en esa medida no resultaría viable incluir la prima de servicios para hallar el último salario devengado por el demandante. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justica en sede de Casación Laboral sentencia SL18067 del 19 de octubre del 2016, en un caso de similares connotaciones al presente, consideró:

> *"Ahora bien, según se reporta en la documental allegada por la parte actora y que reposa a folio 47 del cuaderno de la Corte, la cual corresponde a la liquidación final de prestaciones sociales hechas a favor de Omar Adolfo Gerts Ramón, documento plenamente conocido por la pasiva en tanto de ella proviene, se observa que el difunto recibió en el último año de servicio, por concepto de salarios, la suma de US$23.399,19, pues se excluye el valor que se le canceló a título de prima de servicio, por carecer de la connotación salarial que se requiere para efectos de pensión y que la empleadora tuvo en cuenta para liquidar las cesantías."* (Subrayas fuera de texto)

Por otro lado, respecto de la apelación de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien manifiesta no estar de acuerdo con la condena impuesta que se le impuso de manera subsidiaria, debe recordarse frente a su eventual responsabilidad, este tema ha sido regulado por el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 en los siguientes términos:

> ***"Artículo 148. ACUMULACION PROCESAL.***
>
> *Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.*
>
> ***PARAGRAFO.*** *Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se* ***presumirá*** *que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la*

[12] "*La circunstancia innegable de nuestro estatuto laboral también comprenda dentro del título que regula las prestaciones sociales los beneficios correspondientes a la prima de servicios y la dotación de calzado y vestido de laboral –de los cuales podría decirse que no cubren riesgos- no alcanza a invalidar la argumentación que se viene exponiendo, en efecto, la referida prima de servicios, bajo la reglamentación anterior a la Ley 50 de 1990, sustituyo la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía la legislación anterior (art. 306-2,C.S. del T), que evidentemente tenían carácter salarial (art.127 ibídem), razón por la cual tuvo que disponerse, para guardar armonía con el artículo 128 que no era salario y que no se computaría como salario en ningún caso (art. 307) (...)"*

> *matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente."* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Se evidencian entonces en la cita normativa anterior dos premisas de vital importancia para la resolución del caso presente; por un lado se consigna la posibilidad de endilgarle responsabilidad subsidiaria a la matriz sobre las obligaciones adquiridas por la empresa subordinada, y de otra parte, se establece la presunción legal de que la situación concursal se ha originado en actuaciones propias del control de la entidad matriz sobre su filial, constituyéndose aquí la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, frente a la cual dijo la Corte al declarar exequible el parágrafo del transcrito artículo 148 en sentencia C-510 de 1997:

> *"La responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. El objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada. Se trata, entonces, de una presunción* ***juris tantum****, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos.*

La presunción *iuris tantum*, legal o provisional[13] está regulada por el artículo 66 del C.C. estableciendo que *"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume"*, valga decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la cual está por supuesto a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Ahora, la presunción de responsabilidad o lo que ha llamado la doctrina *"responsabilidad presunta"* establecida en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, permite en el caso presente, partir de la base que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, fue causada como consecuencia de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, por lo

[13] Por cuanto no produce certeza absoluta.

que las obligaciones de la sociedad en liquidación obligatoria deben ser asumidas por la sociedad matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de desvirtuar a través de los medios probatorios permitidos en la ley su inocencia en el tema de la insolvencia de la sociedad controlada o subordinada, carga probatoria que se encuentra completamente ausente en las diligencias, permitiendo a esta Sala de Decisión, una vez establecida la situación de control, irrogarle la responsabilidad pero subsidiaria por las obligaciones derivadas del asunto de autos.

En consecuencia habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto condenó a la Federación Nacional de Cafeteros, persona jurídica de derecho privado[14], a cancelar de manera subsidiaria el valor del cálculo actuarial (art. 191 Ley 222 de 1995).

Con relación a la responsabilidad de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -la cual pide la FEDERACIÓN sea analizada- importa señalar que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pagos No. 3-1-0138 celebrado el 14 de febrero de 2006 (folios 752 a 760), la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante constituyó el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de ésta sociedad y su destinación al pago de las mesadas pensionales a cargo de la CIFM. Así mismo, los numerales 4 y 16 de la cláusula cuarta (fls. 711 y 712 vto), advierten que FIDUPREVISORA debe cancelar oportunamente las obligaciones que afectan el patrimonio autónomo, siempre y cuando cuente con los recursos para cumplir dicho propósito.

Así las cosas, resulta claro que debe FIDUPREVISORA es la llamada inicialmente a realizar el pago del cálculo actuarial, en primer lugar, con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, y en el evento que tales dineros se agoten o resulten insuficientes para atender dicha obligación, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como responsable subsidiaria deberá proveer las sumas necesarias para que FIDUPREVISORA cumpla con la orden aquí impartida, como lo dispuso el juez de primer grado.

Ahora, frente a la demandada ASESORES EN DERECHO S.A.S., resulta que está en virtud del contrato de Mandato No. 9264-001-2014 actúa únicamente como Mandataria con Representación de PANFLOTA por ende solo tiene como

[14] Sentencia C-308 de 1994.

obligación expedir los actos administrativos relacionados con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la CIFM S.A. liquidada y es en este sentido que se le endilgara la responsabilidad para el presente asunto (Cd folio 892).

En cuanto a la responsabilidad de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, alegada por el promotor del litigio, la Sala advierte ésta se solicitó como una segunda pretensión subsidiaria (fl. 650 vto.), en caso de que no se condenará a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al pago del cálculo actuarial, no obstante como ya se vio la orden impuesta en esta instancia se dio frente a tal sociedad, por ende al salir avantes las peticiones principales, no se puede dar lugar al estudio de la subsidiaria y en todo caso también se demostró la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros frente a las obligaciones pensionales de la entonces Compañía de inversiones Flota Mercante, por lo que de esta manera se encuentra garantizado el pago del cálculo actuarial aquí controvertido, sin que sea necesario entonces, en este asunto, endilgársele responsabilidad al Estado a través de la Nación Ministerio de Hacienda y más cuando la misma Corte Constitucional, en sentencia SU 1023 de 2001, en la cual se ocupó de la garantía de los derechos fundamentales de los pensionados de la compañía de inversiones de la flota mercante, concluyó la improcedencia de aplicar la responsabilidad subsidiaria del Estado en asuntos como el presente, y ante la iliquidez de la entonces empleadora.

Al respecto, señaló esa Corporación:

> *"18. En relación con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 15 de febrero de 2001, en el cual, con base en el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado y en el precedente de Álcalis de Colombia, encuentra procedente la vinculación subsidiaria de la Nación en el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la Corte considera que la regulación vigente y la adopción constitucional de principios económicos como la libertad y la igualdad económicas, circunscribirían la aplicación del mencionado principio a las entidades descentralizadas del Estado (L. 573/00 y Dec. 254/00). Por lo tanto, los fundamentos expuestos para considerar aplicable el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de Álcalis de Colombia no parecerían tan claros frente a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pero éste es un asunto cuyo examen definitivo corresponde a una instancia diferente.*
>
> *En aquella oportunidad, Rad. 1.133 de 15 de octubre de 1998, con escrito de aclaración de consulta de 4 de febrero de 1999, la Sala de Consulta y Servicio Civil reconoce cuatro supuestos fácticos para emitir su concepto: 1) el capital de Álcalis es totalmente público; 2) la actividad u objeto social es estatal; 3) la naturaleza jurídica es la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado de segundo grado o indirecta, y 4) los trabajadores de Álcalis siempre estuvieron afiliados al Instituto de Seguros Sociales. Con base en estos elementos el concepto concluye que, en el caso de Álcalis de Colombia, "el Estado debe responder por las actuaciones y el desempeño de sus*

> *organismos y entidades". Como se observa, existen al menos tres aspectos que permitirían distinguir la situación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante del caso Álcalis de Colombia: la CIFM es una empresa de derecho privado, con capital accionario que no es totalmente público y sus trabajadores no cotizaban para pensiones al ISS. Esta circunstancia impide a la Corte, así sea como mecanismo transitorio, aplicar en este caso el principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado."*

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, sin que el valor impuesto por la a quo pueda ser definido en esta instancia, pues ello se debe alegar en la etapa procesal correspondiente conforme lo indica el artículo 366 del C.G.P., por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este punto.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que motivaron la alzada, se procede a confinar la sentencia de primer grado, modificándola únicamente 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 los numerales SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia de primer grado, únicamente en el sentido de señalar que el salario de referencia para la liquidación del cálculo actuarial corresponde a la suma de US733.16, con

la respectiva conversión a pesos, de acuerdo a la tasa representativa del mercado para la época, precisándose en todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1989 (*último año en que el actor laboró y hasta donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales*), ni superior a 20 veces dicho salario, así como respetando las tablas de categorías de salarios del entonces ISS, para establecer el IBC correspondiente a los aportes aquí dispuestos.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás el fallo proferido por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR RENDON ROBAYO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y como vinculada PROTECCIÓN S.A.[1] (RAD. 34 2018 00437 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 1° de febrero de los corrientes (fl. 127).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR (fls. 121 a 125), COLPENSIONES (fls. 131 y 132) y la DEMANDANTE (fls. 134 a 138) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta

[1] Archivo 8 expediente digital, mediante auto del 26 de abril del 2021 se ordena su vinculación.

en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda (2) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá DC, el pasado 17 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Cd fl. 161, record: 1:53:29),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del acto de traslado de la señora MARIA DEL PILAR RENDÓN ROBAYO del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, el día 18 de enero de 1995 y consecuentemente que las cosas deben retrotraerse al estado anterior al acto declarado ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora MARIA DEL PILAR RENDÓN ROBAYO, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegó a este fondo en los periodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES del régimen de ahorro individual COLFONDOS S.A, que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes que fueron pagados por MARIA DEL PILAR RENDÓN ROBAYO, y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiese producido bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
> ***CUARTO: ORDENAR a*** *la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de MARIA DEL PILAR RENDÓN ROBAYO al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER*** *en lo demás.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***SÉPTIMO: CONCEDER*** *el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.*
>
> ***OCTAVO: COSTAS*** *en instancia como se dijo en la parte motiva de esta providencia.****"***

Inconforme con la decisión las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello aduce, no comparte el criterio del despacho, por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, indicando, si bien existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse ciertos aspectos para el presente caso.

Advierte, la demandante no se encuentra exonerada del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, debido a que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos o contratos, por lo que, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, en su sentir, la hoy actora fue negligente

Refiere, respecto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, prevalece el interés general sobre el particular, advirtiendo, la declaración de ineficacia afecta el patrimonio público porque se tendría que pagar la pensión de la demandante debido a que el ahorro fue de manera individual y este no es suficiente para financiar dicha prestación.

Finalmente, aduce no compartir la condena en costas ya que la entidad siempre ha estado su actuar observando todos los fundamentos legales, razón por la cual no puede prosperar tal condena en tanto se seguirían causando más perjuicios[2] *(Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:56:12 Cd. fl. 161).*

---

[2] "Gracias su señoría me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferirse, toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de la ineficacia del traslado, lleva consecuencias que afecta el patrimonio de la entidad que represento COLPENSIONES, porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular. La hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de un cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependía su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a ese aspecto. Ahora bien, la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales tales como el retracto o la recisión, para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual, contenidos en los diversos formularios.

Igualmente, es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional que en la sentencia C242 del año 2009, el magistrado Doctor Mauricio Cuervo se refirió respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y (sic) igualmente el principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, adicionado por el artículo 1 de acto legislativo 01 del 2005. Debo reiterar que el principio del interés general debe primar sobre el interés del particular, por cuando dicha declaración de ineficacia está afectando el patrimonio público, lo anterior lo afirmo toda vez que en el momento que la hoy demandante se le va a reconocer o pagar la pensión que llegaré a percibir, esta no teniendo en cuenta que fue un ahorro individual no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiera su propia pensión.

COLFONDOS, por su parte indica no es procedente que se ordene la devolución de gastos de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuento realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración.

Indica, en caso tal que la demandante hubiese permanecido en COLPENSIONES los gastos de administración igualmente hubiesen sido descontados por así disponerlo el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que devolverse o no devolverse los gastos de administración descontados por su representada no se estaría afectando en ningún momento la pensión de vejez o el monto que tiene ahorrado la demandante para su pensión, precisa que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, COLFONDOS nunca administró los dineros de la demandante, por lo cual los rendimientos nunca existieron y tampoco debió haberse cobrado una comisión de administración, por lo que debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado provocó unos frutos y mejoras, y que estos frutos o mejora que obtuvo la demandante son los rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual y el fruto o mejora que obtuvo la AFP es la comisión de administración, la cual reitera se descuenta conforme a la ley.

Considera que ordenar devolver a COLPENSIONES los aportes de la demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues está recibiendo unos rendimientos generados por la buena gestión de Colfondos, rendimientos que en ninguna circunstancia hubiera recibido con COLPENSIONES.

Por lo tanto, debo recalcar que no se comparte el criterio en una condena en costas para la entidad que represento porque como lo dije en mis alegatos, la entidad siempre ha estado en su actuar observando todos los fundamentos legales. En consecuencia, solicitó al Tribunal se revoque el fallo que se acaba de proferir y en consecuencia se absuelva a la entidad y en caso de no revocar y se absuelva en su totalidad, pues se tenga en cuenta que la entidad que representó no puede, no puede ser condenada en unas costas y reitero y pues seguiría habiendo más perjuicios de los que se están ocasionando con estos fallos de, estos fallos de ineficacia del traslado. Muchas gracias."

Por lo anterior, solicita no se ordene la devolución de los aportes y rendimientos financieros como la devolución conjuntamente de los rendimientos y comisiones de administración, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas y no hay causa fáctica ni jurídica para descontar estos rubros, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado[3]. *(Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:59:55 Cd. fl. 161).*

Finalmente, PORVENIR en su alzada solicita se revoque la condena en costas en la medida que se declaró la nulidad del primer traslado, el cual se efectuó

---

[3] "Muchas gracias su señoría, encontrándome dentro del momento procesal otorgado me permito presentar recurso de apelación parcial, frente al numeral 2 del fallo proferido por su despacho, y lo sustento de la siguiente manera.

En este caso se ha declarado la ineficacia del traslado, por lo que únicamente sería procedente la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por la buena gestión de mi representada, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por gastos de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuento realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Es de recalcar que en caso tal que la demandante hubiese permanecido en COLPENSIONES los gastos de administración igualmente hubiese sido descontados, hay que tener en cuenta el artículo 20 de la ley 100 del 93, en el que se establece que el 10% de los aportes irían a financiar una pensión de vejes, el 3% a gastos de administración y el 0.5% al fondo de pensión mínima, por lo que al devolverse o no devolverse los gastos de administración descontados por mi representada no se estaría afectando en ningún momento la pensión de vejez o el monto que tiene ahorrado la demandante para su pensión.

En este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, mi representada nunca administró los dineros de la demandante, por lo cual los rendimientos nunca existieron y tampoco debió haberse cobrado una comisión de administración, sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 1746 que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de moras, con base en esto se debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado provocó unos frutos y mejoras, y que estos frutos o mejora que obtuvo la demandante son los rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual y el fruto o mejora que obtuvo mi representada es la comisión de administración, la cual reiteró se descuenta conforme a la ley.
Finalmente, es importante poner de presente que al ordenar a mi representada a devolver a COLPENSIONES, los aportes de la demandante, los rendimientos generado y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues está recibiendo unos rendimientos generado por la buena gestión de mi representada, rendimientos que en ninguna circunstancias hubiera recibido con COLPENSIONES, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando así la juez una interpretación un poco errónea en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándose el derecho a la igualdad, privilegiando de manera injustificada a la demandante en este caso, pese que el contrato suscrito entre la demandante y mi representada fue precedido de buena fe.

Por lo anteriormente expuesto solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral no sea ordenado la devolución de los aportes y rendimientos financieros y que en ningún caso debe obligarse a mi representada la devolución conjuntamente de los rendimientos y comisiones de administración, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas y no hay causa fáctica ni jurídica para descontar estos rubros, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado mi representada, vulnerándose a COLFONDOS el derecho a las restituciones mutuas con frutos e intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco, la igualada de trato en un marco de una relación contractual en el marco de buena fe.

Por lo anteriormente expuesto solicito al Honorable Tribunal se sirva revocar parcialmente la sentencia proferida en primera instancia, y a su señoría solicito se sirva conceder el recurso de apelación impuesto por la suscrita. Muchas gracias."

con COLFONDOS, es decir, que no existió según la presente sentencia traslado a su representada, situación ésta entonces que no configura la condena en costas[4] *(Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:04:06 Cd. fl. 161).*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*folios 71 y 72),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*folios 69 a 71),* aspirando se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, en consecuencia se condene a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores que en virtud de la vinculación obtuvo y a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, contabilizando para efectos de la pensión las semanas cotizadas en el RAIS, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado en su momento por COLFONDOS, y en consecuencia, se ordenó a esa misma AFP como actual administradora a la que se encuentra afiliada, trasladar todos los aportes junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima de RAIS, ordenando a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semana de cotización acreditadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

[4] "Su señoría gracias, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente procedo a interponer recurso de apelación en contra del numeral séptimo de la sentencia, con el fin de que el Honorable Tribunal revoque la condena en costas impuesta a mi representada, en la medida como bien quedo motivado en la sentencia se declaró la nulidad del primer traslado, el cual se efectuó con COLFONDOS, es decir, que no existió según la presente sentencia traslado a mi representada, situación ésta entonces que no configura un lugar a condena en costas a mi representada, pues la ineficacia lo que logra o lo que hace es que las cosas vuelvan a su estado original, por lo cual ruego al Honorable Tribunal de Bogotá Sala laboral, se absuelva a mi representada de las costas impuestas. Gracias su señoría."

COLFONDOS 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[5].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de diciembre de 1960 *(folio 3),* 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 10 de agosto del 2018 (*conforme respuesta otorgada por esa entidad visible a folio 4),* esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional - tenía 57 años- y de otra parte, dentro del plenario no se acreditó que contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-[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 actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **18 de enero de 1995** con fecha de efectividad a partir del ese mismo día *(folios 123 y 151),* específicamente

[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".*

[6] No obra prueba del tiempo de servicio o semanas aportadas.

conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con COLFONDOS.

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[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.

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."*

---

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[8], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

[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.

"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.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[9], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le indicó que el seguro social se iba a acabar, y que no recibió información respecto a las características y ventajas del régimen al cual se estaba afiliando, precisando ni tan siquiera recuerda fue la AFP a la que realizo el traslado, solo recuerda que le decían que el ISS se extinguiría.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (fl. 123*),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(folios 154 y 155)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

[9] Audiencia del 17 de noviembre de 2021, récord 25:51

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 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 **(18 de enero de 1995 con efectividad de ese mismo día** fl. 151**),** 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(historial vinculaciones visible a folio 122),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*Ibidem.1*).

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

> ***"iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***

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

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

> *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*
>
> *"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*
>
> *[…]*
>
> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*
>
> *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la*

> *decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (subraya la Sala).*
>
> *Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.*
>
> *Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)."*

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*
>
> *7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado."** (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*
>
> *Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al*

momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.
De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones (certificación folio 5) a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Ahora, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 123 (formulario vinculación Colfondos), basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4[10] 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[11] de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizante.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen

---

[10] *"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."*

[11] *"(...) 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 (...)".*

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

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

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

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral*

> *administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

En lo relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones *(fls. 146 y 147)*[12] -entidad a favor de quien se surte la Consulta-, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de

[12] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 14 de enero del 2021, Archivo expediente virtual.

prescripción propuesta por ésta encartada, acogiendo la Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo*

> *retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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 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 parte COLPENSIONES, 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. Conforme a lo anterior y como quiera que ninguna condena se impartió a PORVENIR, habrá de revocarse las costas a ella impuesta.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se revocará parcialmente la decisión de primer grado únicamente frente a las costas impuestas a PORVENIR, confirmándose 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: REVOCAR parcialmente el numeral **OCTAVO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a PORVENIR S.A. de la condena es COSTAS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral Transitorio 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y como vinculada[1] PORVENIR S.A. (RAD. 34 2019 00077 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, remitido por correo electrónico y obrante a folio 218 del expediente físico.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia PORVENRI, COLPENSIONES y la DEMANDANTE (fls. 207 a 210, 212 a 214 y 220 a 225 del expediente físico) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 2° Laboral Transitoria del Circuito

[1] En audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020 se dispuso la vinculación de PORVENIR S.A. antes HORIZONTE en calidad de litisconsorte necesaria por pasiva (fls. 191 y 192 expediente físico)

de Bogotá[2], el pasado 5 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:34:40),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del acto del traslado de la señora CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES, del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR el 26 de marzo de 1996 y consecuentemente que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegó a ese fondo en los periodos que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES del régimen individual COLFONDOS, proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título aportes que fueron pagados por CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producidos, bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanadas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER*** *en lo demás.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción, así como las demás propuestas por PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*
>
> ***SÉPTIMO: CONCEDER*** *el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código procedimiento del trabajo y seguridad social.*
>
> ***OCTAVO: COSTAS*** *en esta instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia."*

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

Así, en primer lugar, la AFP PORVENIR afirma que no le asiste razón a la falladora de primer grado al declarar la ineficacia del traslado, exigiendo como requisito en un registro documental que para la época no existía, manifestando el deber de otorgar documentos junto con la asesoría se da conforme a la ley 1748 del 2014, la cual entra en vigencia el 16 de diciembre de dicha anualidad, es decir, con anterioridad a este fecha nadie estaba en la posibilidad u obligación de aportar

[2] En virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo del 2021 "*Por medio del cual se crean unos cargos con carácter transitorio para Tribunales y Juzgados a nivel nacional"*

documentos que probasen la información suministrada a la demandante al momento de la asesoría.

Por otro lado, aduce el formulario de afiliación por el contrario es una prueba de que la asesoría fue brindada y entendida aceptando las condiciones del régimen de ahorro individual, precisando en su momento HORIZONTE hoy PORVENIR brindó la asesoría conforme a los lineamientos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, razón por la cual considera no se le vulneró a la demandante el derecho a la libre elección de régimen, sin que se pueda declarar una ineficacia con sustento en el no cumplimiento de una mera expectativa pensional.

Finalmente señala no encuentra razón a las consideraciones de la sentencia sobre las cuales se condena a PORVENIR en costas, solicitando la revocatoria del fallo de primer grado. (Cd fl. 199, record: 1:37:18)[3]

COLPENSIONES señala, se debe tener en cuenta que un trabajador en virtud al derecho de libre escogencia del régimen pensional contemplado en la ley 100 de 1993, puede optar por el régimen de prima media o el de ahorro individual, de conformidad de la normas vigentes; sin embargo, si el afiliado encuentra que el

---

[3] "Muchísimas gracias su señoría y con todo respeto presto recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta y solicitándole a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoquen esta sentencia de primera instancia en base (sic), a que no le asiste razón a la falladora de instancia a declarar una ineficacia sustento en una falta de información, teniendo como requisito de las AFP probar con base en un registro documental que para la época no existía, pues se debe tener en cuenta señores magistrados que el deber de otorgar documentos junto con la asesoría se da conforme a la ley 1748 del 2014, pero esta entra en vigencia el 16 de diciembre de dicha anualidad, es decir, anterior a este fecha nadie estaba en la posibilidad u obligación de aportar unos documentos que probasen la información suministrada a la demandante al momento de la asesoría.

Por otro lado, tampoco es viable declarar la ineficacia teniéndose en cuenta las respuestas de la demandante en el interrogatorio de parte, pue señores magistrados llamo poderosamente la atención de este suscrito, que la demandante en su interrogatorio de parte que ella se vincula de manera primigenia con COLFONDOS, y brinda todas sus respuestas orientadas hacia COLFONDOS, y cuando este apoderado la confronta en que en efecto no fue con COLFONDOS, sino con HORIZONTE, fue muy fácil para la demandante decir que ella simplemente en detalle no recuerda nada pero manifiesta de igual sentido y de manera contundente no le explicaron absolutamente nada, es decir, o no lo recuerda o no le explicaron, cosa que presenta una total contradicción en el interrogatorio de parte de la demandante y lo que nos deja una duda inmensa en cuanto al deber de información.

Es totalmente errado que tener en consideración en este caso la consideración de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la validez del formulario de afiliación de la, de consentimiento informado pues este formulario de afiliación por el contrario es una prueba de que la asesoría fue brindada, fue entendida y además se aceptaron las condiciones del régimen de ahorro individual, razón ésta por la que no podemos deducir entonces que por un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con años muchísimos posterior, no se tenga el mismo como una prueba que la asesoría se brindó en debida forma, pues mi representada en ese momento HORIZONTE brindó una asesoría conforme a los lineamientos del artículo 97 del decreto 663 del 93 y por ellos no podemos decir que se haya faltado al deber de información por no aportar documentos, pues el único documento existente es el formulario de información y el reglamento que se le tuvo que haber otorgado a la demandante en el momento en que el primer traslado. Razón ésta por la que el demandante, la demandante perdón, no le asiste razón para solicitar una ineficacia porque en estricto sentido no está en la facultad de poderlo hacer, teniendo en cuenta que no se cumple el objetivo o el presupuesto del artículo 271 respecto a que no se le vulneró el derecho a la libre elección de régimen, sino ella solicita la ineficacia por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional razón ésta por la que no se puede declarar una ineficacia con sustento en no cumplimiento de una mera expectativa pensional, y no se le encuentra razón a las consideraciones de la sentencia, sobre las cuales se condena a mi representada en declarar la ineficacia y específicamente en costas.

Así las cosas, señores magistrados dejo sustentando mi recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque esta sentencia y en su lugar absuelva a mi representada. Muchas gracias."

régimen al que se encuentra afiliado no es el que le conviene, la misma norma lo faculta o le permite para que haga traslado entre regímenes, esto es cuando le faltaren 10 o un poco más de 10 años para adquirir el derecho de la pensión de vejez. Lo anterior, de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Precisando respecto a la nulidad no se puede alegar la misma, ya que es un error en un punto de derecho que no vicia el consentimiento y en relación con la ineficacia del traslado el mismo fue hecho de menara libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos que taxativamente ordenaba la ley para el año que acaeció, manifestando en virtud del Decreto 692 del año 1994 artículo 11, el diligenciamiento del formulario debe realizarse para hacerse efectivo el traslado de regímenes pensionales, siendo el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado de la hoy demandante, pues en él se consignaba la voluntad de afiliado.

Debe también indicarse señores magistrados que, mediante el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, en materia pensional, por lo que el afiliado al suscribirlo estaba aceptando todas las condiciones que se encuentran inmersas en este y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este dicho formulario no es un argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes.

Además, la normatividad que regula el RAIS se encuentra a disposición de todos, en especial los afiliados y la misma puede verificarse en cualquier momento, recordando según el artículo 9 del Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Por otro lado, indica fueron 25 años en los cuales no se ayudó a financiar la pensión, ni se cobraron los gastos de administración, situación que generaría un detrimento patrimonial y pondría en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema, dado que la razón principal por la que la demandante quiere retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES es única y exclusivamente la diferencia de la mesada pensional, que podría obtener en su fondo pensional

.

Indica nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaratoria injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo y peligro el derecho fundamental a la seguridad social del resto de los afiliados, pues la decisión aquí tomada a futuro conllevaría

implícito el reconocimiento de una pensión por parte de COLPENSIONES, situación que claramente perjudicaría los intereses de la administradora, solicitando revocar el fallo (Cd fl. 199, record: 1:41:27)[4].

---

[4] "Gracias su señoría, su señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia anteriormente emitida por este despacho, para que sea conocida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, con el fin de que en sede de instancia se revoque la decisión adoptada en la presenta audiencia, por las razones que voy a exponer.

Señores magistrados lo primero que debe tenerse en cuenta es que un trabajador en virtud al derecho de libre escogencia del régimen pensional, contemplado en la ley 100 de 1993, puede optar por el régimen de prima media o el de ahorro individual, de conformidad de la normas vigentes y para el efecto y de acuerdo con las condiciones laborales, familiares y económicas, sin embargo, si el afiliado encuentra que el régimen al que se encuentra afiliado no es el que le conviene, la misma norma lo faculta o le permite para que haga traslado entre regímenes, esto es cuando le faltaren 10 o un poco más de 10 años para adquirir el derecho de la pensión de vejez. Lo anterior, de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Ahora bien, con respecto a la nulidad no se puede alegar la misma, ya que es un error en un punto de derecho que no vicia el consentimiento. En cuanto a la ineficacia del traslado tenemos que fue hecho de menara libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos que taxativamente ordenaba para el año que acaeció. Adicional, a lo anterior señores magistrados se debe tener en cuenta que para la fecha del traslado la demandante, la entonces Superintendencia Bancaria y Financiera estableció en la circular externa 019 de 1998 que en virtud del decreto 692 del año 94 artículo 11, el diligenciamiento del formulario debe realizarse para hacerse efectivo el traslado de regímenes pensionales, era el único requisito sustancial que exigía la ley para la época del traslado de la hoy demandante, pues en el se consignaba la voluntad de afiliado.

Debe también indicarse señores magistrados que, mediante el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, en materia pensional, el afiliado esta aceptando todas las condiciones que se encuentran inmersas en este y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este dicho formulario no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes.

Además, la normatividad que regula el RAIS se encuentra establecida en el título 3 de la ley 100 de 1993, que, estando esta información a disposición de todos, en especial los afiliados y pues la misma puede verificarse en cualquier momento. Pues cabe recodar y mencionar que según el artículo 9 del Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Siguiendo ese mismo orden de ideas, señores magistrados debe tenerse en cuenta que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, tienen diferente forma de distribución de aporte, por lo tanto fueron 25 años en los cuales mi representada no ayudaba a financiar las pensiones, ni cobró los gastos de administración, luego entonces esto iría en detrimento patrimonial y pues pondría en riesgo al sostenibilidad financiera del sistema pensional, en el caso que la demandante regrese a COLPENSIONES, toda vez que como lo manifesté en mis alegatos, la razón principal por la que la demandante quiere retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES se la única y exclusivamente en la diferencia de la mesada pensional, que podría obtener en su fondo pensional de pensionarse en este versus a lo que podría obtener en COLPENSIONES si se le permitiese el traslado a esta última.

De otra parte señores magistrados y retornando al tema de la descapitalización del sistema pensional, se tiene que en la sentencia C1024 de 2004, y la SU 062 de 2010 la Corte Constitucional en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recurso ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, la declaratoria injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo y peligro el derecho fundamental a la seguridad social del resto de los afiliados. Lo anterior en concordancia con la sentencia T489 de 2010 en cuyo contenido se extrae y se manifiesta que no se puede permitir la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a la financiación viene en último momento cuando les falta ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, y beneficiarse de un ahorro comunitario acreditando una pensión cuyo pago desfinanciaría el sistema.

En segundo término, desde una perspectiva social se cortaría la equidad y abandonaría el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido al rendimiento de los fondos pensionales que entrasen a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones de los riegos asumidos por otras personas y no por ellas mismas.

Para concluir, señores magistrados y si bien es cierto la decisión adoptada por el despacho no imparte una condena directa una condena directa contra COLPENSIONES, sino que solo le impone una obligación de hacer al ordenarle activar la afiliación de la demandante y consecuentemente recibir las cotizaciones, rendimientos y demás saldos consignados a la cuenta de ahorro individual de la actora, no es menos cierto que tal decisión a futuro conllevaría implícito el reconocimiento de una pensión por parte de mi representada a favor de accionante, situación que claramente perjudicaría los intereses de esta administradora. Por las razones ya expuestas solicitó a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral se revoque el fallo antes proferido el cual le ordena a COLPENSIONES recibir nuevamente a la señora

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 (*fls. 81 y 82),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 79 a 81),* aspirando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado el 26 de marzo de 1996, en consecuencia, se condene a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación y a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, a recibir los valores que le sean girados por el régimen de ahorro individual y a contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas en el RAIS, derechos *ultra y extra petita,* costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado en por PORVENIR, ordenando a COLFONDOS a devolver, la totalidad de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS y frente a COLPENSIONES dispuso reactivar de manera inmediata la afiliación sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las AFP demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 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].

CLAUDIA LUCIA CASTILLO CORTES en el régimen de prima media con prestación definida y en su lugar e absuelva a mu representada de las pretensiones incoadas por la demandante, en ese término dejo sustentado mi recurso muchas gracias."

[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*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de marzo de 1966 *(fl. 48),* por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de noviembre del 2018 (*fls. 49 y 50*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 347,57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6 años, 8 meses y 5 días *(fl. 141),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo aduce COLPENSIONES en su apelación.
No obstante, ello con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de marzo de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1996** *(fls. 170 expediente físico y archivo 5 Cd. fl 202 pagina 71)* por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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".

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).*

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*

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

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

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

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

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

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

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*

---

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.

> *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 demandante[8] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues ni tan siquiera recuerda haber firmado el formulario con HORIZONTE sino con COLFODNOS entidad con la que asegura se afilio pues la empresa a donde estaba vinculada escogió ese fondo de pensiones para sus trabajadores.

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 (*archivo 5 Cd. fl 202 página 71*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(archivo 5 Cd. fl 202 páginas 81 a 83)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es

[8] Cd folio 199, récord 16:10.

la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las*

personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

…

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° 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 HORIZONTE 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 <u>en el momento del traslado de régimen</u> **(26 de marzo de 1996 , efectivo el 01 de mayo de 1996),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **<u>INEFICACIA DEL TRASLADO</u>** 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 PORVENIR y COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(historial vinculaciones fl. 170),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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

> ***"iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***
>
> *En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que* ***el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento****.*
>
> *Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que* ***la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual****, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*
>
> > *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
> >
> > *"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
> >
> > *"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
> >
> > *"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*
> >
> > *"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara*

> *inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*
>
> *[…]*
>
> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*
>
> *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (subraya la Sala).*

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

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

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*
>
> *7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-,*

desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.

De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes 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 COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora *(fl. 169 expediente físico),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(fls. 137 y 138 expediente físico),* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. 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.

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 13 de diciembre del 2019 (*fl. 181 expediente físico)*.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral Transitorio 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILLIAM ANGEL SANTAMARIA PINEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 34 2019 00350 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CALF & NAF ABOGADOS S.A.S. (fl.622).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 441 a 443), las demandadas COLPENSIONES (fls.439 a 440), PORVENIR S.A (fls. 424 a 427) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 2° Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá[1], el pasado 3 de diciembre de 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:16:34),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del acto del traslado del señor WILLIAM ANGEL SANTAMARIA PINEDA del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, el 24 de septiembre de 1998 y consecuentemente que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor WILLIAM ANGEL SANTAMARIA PINEDA por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensiones que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegó a este fondo en los periodos en los que estuvo afiliado sin descontar valor alguno por cuentas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima durante todo el tiempo en el que permaneció en el RAIS.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por WILLIAM ANGEL SANTAMARIA PINEDA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiese producido, bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa durante todo el tiempo en el que el demandante permaneció en el RAIS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de WILLIAM ANGEL SANTAMARIA PINEDA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización desde la fecha de la afiliación inicial.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER*** *en lo demás.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, de conformidad por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.*
>
> ***SÉPTIMO: CONCEDER*** *el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código Procedimiento del trabajo y seguridad social.*
>
> ***OCTAVO: COSTAS*** *en esta instancia como se dijo en la parte considerativa de esta sentencia."*

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

---

[1] En virtud del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo del 2021 "*Por medio del cual se crean unos cargos con carácter transitorio para Tribunales y Juzgados a nivel nacional"*

Así, en primer lugar COLPENSIONES solicita se revoque en su totalidad la sentencia, señalando dentro del proceso obran afiliaciones horizontales entre fondos privados, aduciendo la presencia o no de cotizaciones consistentes con el formato de vinculación, no es la única expresión de esa voluntad, pues pueden existir otras, tales como la solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación o cambio de claves y los traslados que obran horizontalmente entre fondos privados, como se presenta en el presente proceso, actos de relacionamiento como bien lo define la Corte Suprema.

Por otro lado, menciona la solicitud que hizo el demandante de traslado de régimen ya se encontraba dentro de una prohibición legal, descrita en el artículo 2 de la ley 707 del 2003 y además no hay presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740, pues lo que se presenta es una ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato, si se tiene en cuenta que desde el diligenciamiento del formulario el demandante consintió se le hicieran los descuentos respetivos con destino a su cuenta de ahorro individual.

Manifiesta se debe tener en cuenta, respecto del deber de información, dado que el traslado ocurrió en 1998 las leyes no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual.

En cuanto a las costas procesales, solicitó no se acceda a las mismas porque dentro del mismo trámite su representada no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo de un tercero que se le causa un daño injustificado como es en los fondos privados.

Finalmente indica en caso de confirmarse la decisión, se condicione el cumplimiento de la sentencia previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos financieros, cuotas abonadas, gastos de administración y cualquier valor que estuviera en las cuentas de ahorro individual. (Cd fl. 420, record: 1:19:18)[2]

---

[2] "Gracias su señoría me permito presentar, interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal del Distrito Superior en su Sala laboral para que revoque en su totalidad la sentencia emitida por parte del a quo, Honorable Tribunal téngase en cuenta que dentro del presente proceso obra afiliaciones horizontales entre fondos privados, en ese sentido tengan en consideración la sentencia de la Corte Suprema la 1061 de 2021 y la SL 413 de 2018, en donde expresó lo siguiente: por esta misma razón en casos como el presente donde se discute la materialización del acto jurídico de afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al

A su turno PORVENIR solicitó se revoque la decisión, pues la postura del despacho se aparta de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que el estudio de estos procesos no solo implica el acto inicial o acto de traslado de régimen pensional, sino además todo el historial de vinculación, precisando el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 le da la obligación a su representada de recibir a un afiliado que quiera vincularse al régimen de ahorro individual o mantenerse vinculado, razón por la cual y como el demandante llevaba más de 6 meses vinculado con COLFONDOS, Porvenir no podía oponerse a su afiliación.

Indica, para la fecha que se realizó el traslado de régimen pensional, el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones era entregar la información que se hacía de carácter verbal, razón por la cual, no es dable que en la actualidad se requiera, para que se aporten elementos de prueba que para el momento en que se dio este traslado de régimen pensional y el subsiguiente acto de relacionamiento eran inexigibles.

Aduce el demandante en el interrogatorio sostuvo la intención que lo motiva a retornar a COLPENSIONES es la diferencia de una eventual mesada pensional,

---

sistema, no como un requisito de afiliación sino como un señal nítida de voluntad del trabajador cuando existen dudas razonable sobre su digno deseo de cambiarse de régimen. Desde luego, que para la tesis que ahora se sostiene la sala, la presencia o no de cotizaciones consistentes con el formato de vinculación, no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras tales como la solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación o cambio de claves y los traslados que obran horizontalmente entre fondos privados, como se presenta en el presente proceso, actos de relacionamiento como bien lo define la Corte Suprema.

Igualmente, sobre la condena que se impuso a mi representada en costas procesales Honorable Tribunal solicitó que no se acceda a la misma porque dentro del mismo trámite mi representada no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo de un tercero que se le causa un daño injustificado como es en los fondos privados.
Aunado a esto, Honorable Tribunal frente a la prohibición legal como se argumentó dentro los alegatos de conclusión téngase en cuenta que la solicitud que hace el demandante ya se encontraba dentro, dentro de una prohibición legal, descrita en el artículo 2 de la ley 707 del 2003.

Igualmente, sobre los vicios del consentimiento no hay presencia que estemos en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740. Ahora frente al presente proceso hay una ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato, si tenemos en cuenta que desde el principio o desde el diligenciamiento del formulario el demandante a consentido que se le hagan los descuentos respetivos con destino a su cuenta de ahorro individual.

Y finalmente, téngase en cuenta que respecto al deber de información téngase en cuenta que el precedente de la Corte Suprema, el Decreto 663 de 1993. Sin embargo, este Decreto teniendo en cuenta que la afiliación que obra por parte del señor WILLIAM fue en el año 1998, en ese momento las leyes no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual."

Como subsidiariamente solicito al Honorable Tribunal si se continua la permanencia de la condena en contra de mi representada, solicito que se condicione el cumplimiento de la sentencia previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos financieros, cuotas abonadas, gastos de administración y cualquier valor que estuviera en las cuentas de ahorro individual del demandante. En ese sentido dejo sustentado y argumentado mi recurso de apelación su señoría Gracias."

situación ésta que a juicio del apoderado está en contra de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C086 del año 2002, en la cual establece que la finalidad de estos regímenes pensionales no es generar una cuota parte de cuanto es el aporte, sino es cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Frente a la devolución de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, manifiesta el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 concede la facultad para descontar esos gastos y apropiarlos para comprar, o mejor para adquirir los seguros que permiten cubrir los riesgos de invalidez y muerte, razón por la cual sugerir que su representada tenga que restituir dichas sumas sería tanto como indicar que en los cerca de 19 años en los que el señor demandante ha estado con PORVENIR no ha tenido cubrimiento a los riegos de invalidez y muerte, situación que a todas luces es contraria a la realidad, sin que sea dable sostener que a la luz de una presunta mala administración de esos recursos le toque devolver dichos gastos de administración, y primas de seguros previsionales que COLPENSIONES no habría tenido posibilidad de disponer de haber tenido como vinculado al actor de manera ininterrumpida desde que se afilió al sistema general de pensiones, como quiera que COLPENSIONES también se hubiera apropiado dichos gastos

Por esa razón asegura tal condena le da a COLPENSIONES unas sumas adicionales a las que tendría durante todo el tiempo de vinculación del demandante, para cubrir y reconocer una pensión.

Por último, manifiesta como no se encuentran acreditadas las situaciones que dan lugar a la ineficacia de este traslado de régimen pensional, solicita también se revoque la condena en costas proferida (Cd fl. 420, record: 1:23:24)[3]

---

[3] "Su señoría muchísimas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal prevista para el efecto, me permito interponer recurso de apelación contra el fallo que pone fin en el presente proceso su señoría, conforme a lo anterior me permito indicar que el objeto de mi recurso de alzada es que se revoque todas y cada una de las condenas que han sido proferidas en contra de mi representada y la materia versara sobre los siguientes aspectos.
En primera medida, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor demandante, segundo remitir o mejor la orden se imparte de devolver todo el capital que se encuentra todo el capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual sin que sea posible descontar los gastos de administración y primas de seguros previsionales y tercero lo que corresponde a la condena en costas.

En lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, considera este apoderado desacertada la postura del despacho y se aparta de manera muy respetuosa en la medida que es la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que el estudio de estos procesos no solo implica el acto inicial o acto de traslado de régimen pensional, sino que además todo el historial de vinculación, muestra de ello es que al hacer la alusión que también hace el despacho dentro de su fallo a la palabra oportuna, a juicio de este apoderado la está entendiendo sin tener en cuenta que oportuno tiene que ver para el momento en que sea útil, y el momento en que es útil esa información, es justo hasta el momento en que el afiliado tiene la posibilidad de resarcir su decisión de haberse trasladado de régimen pensional, y esto es hasta el momento en que tiene menos de 52 años si es hombre, dado que puede realizarlo sin encontrarse incurso en la prohibición del

artículo 2 de la ley 797 del año 2003. Dado que sostener el argumento que ha exhibido el despacho en la actual, en el presente proceso, pues deja sin argumentos de fondo y sin posibilidad de defesa que a los fondos, que como en este caso en concreto hemos sido fondos que hemos, que venimos o concurrimos al proceso por el simple hecho por ser el fondo que tiene en su custodia los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, además de ello de existir o que hubiese existido un fondo intermedio entre la vinculación que tuvo el demandante con COLFONDOS y mi representada pues no habría tenido ningún tipo de importancia haberlo llamado a juicio, toda vez que si no se le iba a condenar a la devolución de gastos de administración, ni tampoco y pues tampoco hubiese tenido otra condena hubiera sido inocuo su llamamiento.

Situación de la que también se aparta completamente este apoderado, toda vez que se dejaría o se estaría desconociendo que en eventuales casos esos fondos también pueden hacer un acto de información y permitirle al afiliado tomar la decisión donde de retornar, de seguir vinculado al régimen de ahorro individual o retornar al régimen de prima media, razón por la cual considera este apoderado que es una interpretación que ha dado el despacho, la deja sin la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa. Aunado a lo anterior, como muestra de dicho argumento el artículo 112 de la ley 100 de 1993 le da la obligación a mi representada de recibir a un afiliado que quiera o quiera vincularse al régimen de ahorro individual o mantenerse vinculado, razón por la cual y como quiera que el señor demandante llevaba más de 6 meses vinculado con COLFONDOS, pues mi representada no podía oponerse como afiliado y además de ello se le está imponiendo la carga, primero no se puede defender y segundo le están imponiendo la carga de devolver gastos que ha descontado de manera licita y con una facultad que le ha dado la ley 100 de 1993, en tal sentido es claro que los limites que se aborda dentro del presente litigio debe ir más allá de la simple estudio de la vinculación inicial que realizo el demandante.

En segunda medida, dentro desde ese mismo primer punto es claro que para la fecha que se realizó el traslado de régimen pensional , el deber de información es cabeza de las administradoras de fondos de pensiones era entregar la información que se hacía de carácter verbal, razón por la cual, no es dable que en la actualidad se requiera a mi representada y a la codemandada COLFONDOS a que aporten elementos de prueba que para el momento en que se dio este traslado de régimen pensional y el subsiguiente acto de relacionamiento era inexigibles, y en tal sentido y para apoyar dicho argumento me permito indicar que en los artículos 11 y 15 del decreto 692, así como en el decreto 656 del año 94 no se exige elemento adicional al formulario de afiliación, lo que dice en ese decreto es que me refiero al 692 es que debe existir un formulario que se encuentre bajo los parámetros que estableció la superintendencia bancaria en su momento, y entre ellos la consignación de los datos personales, que se haga constar que la firma o suscripción del formulario se haga de manera voluntaria, la existencia de los beneficiarios, entre otros datos que se encuentran consignado en el formulario, razón por la cual no es dable sostener para este apoderado, que para este momento no exigían unos elementos específicos para la eficacia de ese acto de traslado de régimen pensional, pues que de manera posterior vengan e a exigirle a mi representada.

Además, de ello es claro que el señor demandante en su interrogatorio de parte manifiesta el conocimiento de los dos regímenes pensionales, de las características que tendría en cada uno de ellos, y que la intención que lo motiva a retornar a COLPENSIONES es la diferencia de una eventual mesada pensional, situaciones estas que a juicio de este apoderado están en contra de lo establecido por la Corte, Corte Constitucional en sentencia C086 del año 2002, en la cual establece la Corte Constitucional la finalidad de estos regímenes pensionales no es generar una cuota parte de cuanto es el aporte, o de contratar una determinada renta vitalicia con un valor claro que se va a establecer con anterioridad, sino es cubrir los riesgos de invalidez, los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y para el cubrimiento de esos riesgos establece dos características o dos sistemas que a pesar que son excluyentes, diferentes pues tiene la vocación de ser, se ser vistos como equiparables, razón por la cual, considerad este apoderado ya también lo manifiesta que es desacertada la tesis que por la simple diferenciación de los montos de las mesadas pensionales se quiera decir que un régimen es más o menos desfavorable que el otro, depende es del tipo de afiliado cuanto tiempo ha cotizado los cambios en su historia laboral, y lo que considere mejor para su situación pensional, razón por la cual pues considera este apoderado que se parte de ese argumento, y que a través de este argumento que un régimen es mejor que el otro pues se llega pues a la conclusión de que siempre la diferencia en el deber de información va a generar la ineficacia de ese traslado de régimen pensional, razón por la cual pues de manera muy respetuosa solicito tener en consideración dicho aspecto.

En segunda medida, también es me permito a la devolución de los gastos de administración y prima de seguros previsionales, me permito indicar en este caso en concreto que a pesar que mi representada hubiese concurrido al presente proceso, y no se estudia el cumplimiento del deber de información que ella realizó de manera posterior, y a la luz de los actos de ratificación que se hacen, pues se le impone la carga de devolver la sumas que se descontaron por gastos de administración y primas de seguros previsionales, y para desarrollar un poco más este punto, me permito indicar que el artículo 16 del artículo 20 perdón de la ley 100 la facultad para descontar esos gastos y apropiarlos para comprar, o mejor para adquirir los seguros que permiten cubrir los riesgos de invalidez y muerte, razón por la cual sugerir que mi representada tenga que restituir dichas sumas sería tanto como indicar que en los cerca 19 años en los que el señor demandante ha estado con mi representada no ha tenido cubrimiento a los riegos de invalidez y muerte, situación que a todas luces es contraria a la realidad, como quiera que el señor demandante, esperemos Dios no lo quiera nunca llegara a

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 (*fls. 236 y 237),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 232 a 236),* aspirando se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando su traslado al COLPENSIONES. En consecuencia, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, de igual forma condenar a PORVENIR en caso de haber otorgado la pensión, seguir pagando la misma en tanto sea trasladado a COLPENSIONES todos los recursos, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS administrado en su momento por COLFONDOS a COLPENSIONES. En consecuencia, se ordenó a las AFP PORVENIR a devolver, la totalidad de aportes, frutos, rendimientos

---

pasar, sufriera algún riesgo que implicase el reconocimiento de una pensión de invalidez o de sobrevivientes a sus beneficiarios, pues tendría cubierto estos riesgo por las cotizaciones que realiza mi representada.

Así mismo, su señoría me per mito manifestar que esta condena que se profiere a devolución de gastos de administración y prima de seguros previsionales, se hace fundamentada en un artículo que no se aplica al caso en concreto, como quiera que no estamos en este momento en presencia de una relación jurídico negocial, vista en el mundo de los contratos, porque la relaciones que se establecen dentro del mundo de las relaciones, de la seguridad social están dadas por una relaciones reglamentarias que son de orden público y que no le permiten pues a los afiliados a realizar negociaciones que tipo de cobertura quieren en cuanto a su situación pensional, por eso es que no se puede establecer que por cuenta de una administración la cual no se discutió nada en el presente proceso, como quiera si se verifica en los estados de la cuenta de ahorro individual del señor demandante esta ha generado los rendimientos financieros necesarios para mejora su expectativa pensional, pues no es dable sostener que a la luz de una presunta mala administración de esos recursos le toque pues a mi representada devolver dichos gastos de administración, y primas de seguros previsionales que COLPENSIONES no habría tenido posibilidad de disponer dichos, de dichos recursos, de haber tenido como vinculado al señor demandante de manera ininterrumpida desde que él se afilió al sistema general de pensiones, como quiera que COLPENSIONES también hubiera apropiado dichos gastos, los habría destinado al cubrimiento de riesgos de invalidez y muerte en sus subcuentas y además de ello habría destinado los gastos de administración que requiere para el correcto funcionamiento de la entidad. Por esa razón esta condena le dispone o le da a COLPENSIONES unas sumas adicionales a las que tendría durante todo el tiempo de vinculación del demandante, para pues para cubrir y reconocer una pensión.

Y por último, y respecto a este punto aun cuando se autoriza a mi representada a que reclame los gastos de administración que quedaron remanentes por el tiempo que el señor demandante estuvo en COLPENSIONES esto en nada ayuda en mejorar la situación de mi representada, como quiera que eso debió haberse discutido dentro del presente proceso. En tal sentido pues no es dable incidir la relación que él tuvo, que el señor demandante tuvo con COLFONDOS y la forma que fueron administrados esos recursos y si poner a |||||||||mi representada sin posibilidad de defenderse la obligación de devolver dichas sumas.

Por último, y a juicio de este apoderado por lo expuesto en el presente recurso no se encuentran acreditadas las situaciones que dan lugar a la ineficacia de este traslado de régimen pensional, de manera muy respetuosa solicito también que se revoque la condena en costas proferida. Así las cosas su señoría de manera muy respetuosa dejo sustentado mi alegato (sic), mi recurso de apelación para que si usted a bien lo tiene lo conceda y se admitido por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral. Muchas gracias."

financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con 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[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 1° de julio de 1961 *(fl. 473),* por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de febrero del 2019 (fl. 36), COLFONDOS 25 de febrero del 2019 (fl. 39) y PORVENIR el 26 de febrero del 2019 (fl. 40), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 340,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6 años, 7 meses y 11 días *(fl. 400),* 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.

---

[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".*

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **24 de septiembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **01 de noviembre de 1998** *(fls. 20 y 308)* por afiliación que hiciera a COLFONDOS*,* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el <u>conocimiento</u>, 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.*
>
> *<u>Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute</u>**<u>, es eficaz</u>**<u>, 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</u>.*
> *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,*

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

> *toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las*

> *nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, como lo sugiere 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** 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.

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*

"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.

> *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 (Cd fl. 420, record: 18:04) no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, que los recursos del fondo estaban protegidos y tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, la posibilidad de heredar los recursos ahorrados, las modalidades pensionales, entre otros aspectos, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega PORVENIR en la alzada, que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su 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

COLFONDOS (fl. 20)*,* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(fls. 414 a 416)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.
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 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 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 <u>en el momento del traslado de régimen</u> **(24 de septiembre de 1998 , efectivo el 01 de noviembre 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 **<u>INEFICACIA DEL TRASLADO</u>** 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 PORVENIR, 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.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(historial vinculaciones fl. 308),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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

> ***"iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***
>
> *En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que* ***el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento****.*
>
> *Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que* ***la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual****, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*
>
> > *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
> >
> > *"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
> >
> > *"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la*

asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

[…]

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

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

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

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

Con relación a los actos de relacionamiento señalados por COLPENSIONES en su apelación, como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*
>
> *7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió,* ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*
>
> *Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.*
>
> *En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.*
>
> *7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.*
>
> *7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.*
>
> *7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley*

1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.
De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes 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, esta última como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor *(fl. 375-2),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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.

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[7] *(fl. 329 vto y 330),*entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera*

[7] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 18 de noviembre de 2021 (*Archivo 5 Cd. Fl.420l*).

> *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)

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.

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 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, 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 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral Transitorio 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIME DE JESÚS ALARCÓN AMADO CONTRA SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., PORVENIR S.A. y YENNY CRUZ JACANAMIJOY TISOY (RAD. 35 2019 00501 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 6 y 7), PORVENIR (fl. 4) y SURA (fls. 9 a 13), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de septiembre del 2021 (Audiencia virtual, archivo 23 expediente virtual, record: 1:39:37), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., a PORVENIR S.A. y YENNY CRUZ de las pretensiones reclamadas por JAIME DE JESUS ALARCON AMADO.*
>
> ***SEGUNDO****: Se* ***DECLARA*** *probada la excepción denominada incumplimiento de los requisitos señalados en la ley para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes planteada por SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA.*
>
> ***TERCERO:*** *Se* ***CONDENA*** *en costas a JAIME DE JESUS ALARCON AMADO, señalamos como agencias en derecho $1`000.000, que se incluyen en la liquidación de costas.*
>
> ***CUARTO: (sic)*** *No entonces aclaramos que las codenas de las costas será $1.000.000 pesos que se divide entre los 3 demandados.*
> ***CUARTO:*** *De no ser apelada la decisión, consulta con el superior en los términos del art. 69 del Código de procedimiento del Trabajo.****"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del grupo familiar del afiliado, son aquellos que realmente conforman una relación de vida en común con el causante, situación quedó probada respecto al señor JAIME ALARCON padre del causante OSCAR ALARCON, aduciendo los testigos manifestaron que el señor OSCAR ALARCON siempre estuvo al pendiente de su señor padre JAIME ALARCON y que no solamente le ayudaba de forma económica sino en la labores de campo y agricultura y que antes de irse a trabajar al departamento de Antioquia, esto es, ayudando tanto económicamente, social y afectivamente en su cultivo de papa.

Señala que al ser el demandante un campesino, el cual se dedica a labores de agricultura y tiene ganado, no por esto quiere decir que supla totalmente sus condiciones económicas, ya que sus ingresos no dependen totalmente de sus labores, razón por la cual su fallecido hijo siempre estuvo al pendiente de él y le ayudaba de forma económica, indicando que la Corte Suprema de Justicia tiene reiterados pronunciamientos en donde ha sostenido que la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta y que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando estos no los convierte en autosuficientes.

Solicitando se reconozca la pensión de sobrevivientes y se ordene el pago de los saldos existentes en la cuenta individual de ahorros de PORVENIR (Audiencia virtual, archivo 23 expediente virtual, record: 47:13)[1]

---

[1] "Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferir teniendo en cuenta que no se puede perder de vista que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del grupo familiar del afiliado, es decir, que son aquellos que realmente conforman una relación de vida en común con el causante, situación quedó probada respecto al señor JAIME ALARCON padre del causante OSCAR ALARCON una vez que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es surtir esos vacíos afectivos, económicos, y sociales que dejo el causante, debe tener en cuenta su señoría, señores magistrados que como indicaron los testigos en sus testimonios, ellos manifestaron que el señor OSCAR ALARCON siempre estuvo al pendiente de su señor padrea JAIME ALARCON y que no solamente le ayudaba de forma económica sino en la labores de campo y agricultura y que antes de irse a trabajar al departamento de Antioquia, más específicamente empresa en la cual ocurrió su accidente de trabajo siempre estuvo ayudando tanto económicamente, social y afectivamente a su señor padre, en su cultivo de papa, toda vez que el demandante es una persona, un campesino, el cual se dedica a labores de agricultura y tiene ganado, no por esto quiere decir que supla totalmente sus su condiciones económica, pueda suplir todas sus ingresos, no dependen totalmente de sus labores, teniendo en cuenta que el agro en Colombia, en este país no es suficientemente rentable, el hecho de que tenga vacas, no quiere decir que con esos supla sus necesidades económicas para subsistencia, razón por la cual su fallecido hijo siempre estuvo al pendiente de el y le ayudaba de forma económica, hecho que se puede corroborar con el testimonio de LAURA PEDROZA quien era su amiga más cercana en el departamento de Antioquia en la empresa quien afirmó en el testimonio, quien el causante le ayuda de forma económica al aquí demandante, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia tiene

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, las pretensiones relacionadas a folios 119 y 120 del expediente digital Archivo 1, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 121, 123 y 125 del mismo archivo, aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes junto con el retroactivo a que haya lugar desde el 6 de septiembre del 2018, día siguiente al fallecimiento de su hijo OSCAR ALARCON GALLO, junto con los intereses moratorios establecidos en el inciso 5 del parágrafo 2, artículo 1° de la Ley 776 de 2002 y artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así mismo se ordene a PORVENIR a la devolución de saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del causante, costas y gastos del proceso, como también condenas *ultra y extra petita.* En subsidio solicita que por no acreditar la señora YENNU CRUZ JACANOMIJOY los requisitos establecidos por ley para la pensión de sobrevivientes se le devuelvan los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del causante. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que el demandante dependiera económicamente del causante, señalando que el actor podía sustentar sus necesidades básicas con el producto de la siembra de ganado y de la papa, generando ello una independencia económica, sin que se probara que con el fallecimiento de su hijo las condiciones de vida hayan menguado o empeorado. De igual forma precisó el a quo que si bien la señora YENNY CRUZ tampoco acreditó la convivencia con el de cujus para la data de su muerte, al no ser objeto del proceso la suspensión de las mesadas pensionales a ellas reconocidas, estando

---

reiterados pronunciamientos ha indicado que la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta y que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando estos no los convierte en autosuficientes. Conforme con lo anterior pese a que mi demandante, mi representado tiene finca y tiene 2 apartamentos en Bogotá, los mismo son habitados por sus hijas y que al momento de fallecimiento del causante OSCAR ALARCON, una de sus hijas le pagaba renta era por lo mismo porque como el no, su actividad económica no le alcanza a suplir, no le alcanzaba a suplir sus necesidades, su hija a través del pago del arriendo también le colaboraba de forma económica a su señor padre.

También debe tenerse en cuenta señores magistrados que el causante al momento de su fallecimiento, tenía como beneficiario del seguro de vida que le proporciono a la empresa al señor padre, teniendo en cuenta que promedió que al momento de su fallecimiento al no tener a su padre no dejar a su padre desprotegido, sino que ayudarle de alguna forma, que pudiera subsistir el resto de su vida. En estos términos señores magistrados solicito se revoque el fallo que se acaba de proferir y se reconozca a mi representado la pensión de sobrevivientes y se ordene el pago de los saldos existentes en la cuenta individual de ahorros de PORVENIR a mi representados muchas gracias."

en cabeza de Suratep adelantar las gestiones que considerara necesarias, los aportes que el de cujus tenía en su cuenta de ahorro voluntario en PORVERNIR harían parte de la masa sucesoral sin que el Juez Laboral sea el llamado a establecer cuáles son los herederos, absolviendo de igual forma de la pretensión de devolución de salados.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor OSCAR ALARCON GALLO, acaeció el 5 de septiembre del 2018, conforme al registro civil de defunción visible a folio 61 Archivo 1 expediente digital, a causa de un accidente de trabajo (folio 255, Archivo 1 expediente digital), como tampoco que el señor JAIME DE JESUS ALARCON AMADO ostentaba la calidad de progenitor del causante, circunstancia que además se constata con el registro civil de nacimiento visible a folio 59 Archivo 1. Igualmente, no se discute la calidad de pensionada que ostenta la señora YENNY CRUZ JACANAMIJOY TISOY pues conforme a la documental de folio 255 y 257 la ARL SURA determinó que tenía derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del fallecido, en un monto de $3.118.121 a partir del 5 de septiembre del 2018.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el señor OSCAR ALARCON GALLO a causa de un accidente de trabajo el 5 de septiembre del 2018 (fl. 61 Archivo 1 expediente digital), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003[2] conforme lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 776 del 2002[3] y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente.

---

[2] "*Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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 al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
(…)
Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
(…)
d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006"

[3] ARTÍCULO 11. MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debía ostentar el padre del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *"A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este".* Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexequible la expresión "de forma total y absoluta", aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL 3173 proferida dentro del radicado No. 75004, del 14 de julio del 2021, en la cual se consideró textualmente que "*…el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no exige que tal condición sea total y absoluta, y que la misma, se debe analizar en cada caso particular y concreto, para que así el juzgador pueda estar en la capacidad de establecer si los ingresos que reciben los progenitores* ***tiene la virtualidad de hacerlos autosuficientes desde el punto de vista económico, al permitirles la satisfacción de su necesidades manteniendo su subsistencia en condiciones dignas****.".* *(Negrilla fuera del texto).*

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

Al respecto, rindió interrogatorio de parte el demandante JAIME DE JESUS ALARCON PRADO[4], quien aseguró que es propietario de dos apartamentos ubicados en Bogotá y una finca en el municipio de Belén en la cual cultiva papa y tiene ganado, comentando que cuando es época de venta de papa contrata a unos obreros para que le ayudan sacando el producto en bultos y cancelándoles el correspondiente jornal, comentó que su hijo fallecido le comenzó a colaborar cuando vivía con él con la suma de $50.000, los cuales dejo de aportar cuando entro a estudiar, época durante la cual pernoctaba con en su casa mientras conseguía trabajo ayudando en las labores del campo. Señaló que al conseguir el fallecido trabajo en la ciudad de Medellín le enviaba $200.000 o $400.000 cada

afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.

[4] Audiencia virtual 6 de septiembre del 2021, record: 1:04:22

vez que podía, pues también el de cujus le ayudaba económicamente a una hermana.

De otra parte se recibieron los testimonios de JOSE ARMANDO TARRA ALMARIO[5], SEGUNDO DE JESUS BECERRA GUERRO[6], MARIA AURORA GARCÍA[7] y LAURA MARCELA PEDROZA URIBE[8].

Los testigos TARRA ALMARIO y PEDROZA URIBE, ex compañeros del de cujus, fueron coincidentes en señalar que conocieron al demandante con posterioridad a la muerte de OSCAR ALARCON (q.e.p.d), desconociendo si el de cujus le ayudaba o no económicamente a su padre, en tanto solo saben que cuando eran sus días de descanso el fallecido viajaba a la casa del demandante porque manifestaba que le gustaban mucho las labores agrícolas

Por su parte los deponentes SEGUNDO DE JESUS BECERRA y MARIA AURORAQ GARCIA quienes refirieron ser amigos de la familia, comentando que si bien conocieron al fallecido y saber que laboraba como ingeniero de minas, no refieren nada acerca del porcentaje o ayuda económica que la de cujus brindaba a sus padres, pues solo manifestaron que era el demandante señor JAIME DE JESUS ALARCON quien les comentaba que su hijo le mandaba dinero para ayudarlo, sin embargo desconocen a cuanto ascendían los gastos del actor y a cuanto equivalía la ayuda que le dada el hijo hoy fallecido, incluso señalaron que el actor subsistía con el cultivo de papa y el ordeño de las vacas.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte una vez valoradas las mismas 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, para esta Sala de decisión es claro que se desconoce el porcentaje de dinero que aportaba mensualmente el señor OSCAR ALARCON GALLO (q.e.p.d.) y cuáles eran los gastos del padre del causante, pues ni tan siquiera los testigos percibieron de manera directa la ayuda daba por el de cujus, en tanto los dichos por ejemplo de SEGUNDO DE JESUS BECERRA y MARIA AURORA GARCIA se basaron en comentarios que les hacia el propio

[5] Audiencia virtual 6 de septiembre del 2021, record: 1:31:52
[6] Audiencia virtual 6 de septiembre del 2021, record: 1:59:40
[7] Audiencia virtual 6 de septiembre del 2021, record: 2:17:35
[8] Audiencia virtual 6 de septiembre del 2021, record: 2:37:16

demandante, esto es, se catalogan como testigos de oídas, a los cuales ninguna credibilidad se les puede otorgar y los restantes deponentes conocieron únicamente al demandante cuando falleció el señor OSCAR ALARCON GALLO desconociendo si éste ayudaba o no a su padre económicamente.

En este orden de ideas, la prueba tendiendo a demostrar la dependencia económica fue precaria y en todo caso **solo en gracia de la discusión** de atender las manifestaciones de los señores SEGUNDO DE JESUS BECERRA y MARIA AURORA GARCIA en relación con la ayuda económica del causante hacia su padre, tan solo se lograría establecer que la misma correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sin que se pueda entender que tal ayuda era determinante para el sostenimiento del demandante, pues como ya se dijo no quedo demostrado cual era la cantidad de dinero necesaria y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar, sin que pueda afirmarse que por ello, el aquí demandante dependiera económicamente de su hijo fallecido en virtud de tal ayuda.

Razones por las cuales no puede afirmarse que el promotor del litigio dependiera económicamente de su hijo OSCAR ALARCON GALLO (q.e.p.d.), precisando ésta Corporación es claro que no cualquier contribución hecha por un hijo a sus padres, tiene la virtud de hacerlos beneficiarios de la prestación pensional, en tanto si bien pueden recibir ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, se debe acreditar que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, en otras palabras que el dinero que perciben no les alcance a cubrir los gastos de su propia vida.

Nótese que la regular y simple colaboración de un buen hijo no es suficiente para predicar la dependencia económica, en tanto dicha ayuda debe tener "*la connotación de relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia*" (SL 2618 del 2021)

De esta manera, lo único que puede concluirse dentro del presente litigio, es que la posible colaboración que le fue brindada al demandante no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento, y por ende que se le pudiera adjudicar la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto del causante, diferente sería que los ingresos de actor fueran esporádicos, aleatorios o accidentales, o que a lo sumo, éste

figurara como su beneficiario en el sistema de salud, situaciones que no se probaron en el caso que se examina.

Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015[9], e igualmente en proveído SL3173 del 2021 expresó:

> *"…la Corte ha indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia. Así en sentencia CSJ SL 2490-2019 que reitero la SL14923-2014, se dijo:*
>
> > *En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo."*

Así las cosas, esta Sala de decisión considera conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del de cujus hacia su padre no quedo demostrada.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte del promotor del litigio dirigida acreditar la dependencia económica, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda 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 tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es el mismo señor JAIME DE JESUS ALARCON AMADO, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL

---

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

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

RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de dependencia económica exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

Finalmente, en relación con la devolución de los aportes que tenga el fallecido en su cuenta de ahorro individual, baste con señalar si bien se menciona en la apelación, ninguna sustentación se elevó por parte de la profesional del derecho dirigida atacar la decisión del *a quo* en este punto y en todo caso resulta improcedente tal petición en tanto no se acreditó por el demandante su calidad de beneficiario (Art. 15 Ley 776 del 2002)[10] por ende de conformidad con el artículo 76 de la Ley 100 de 1993[11] tales sumas no son susceptibles de reconocimiento a favor de la demandante por vía de este proceso ordinario laboral, pues, estas ingresaron al patrimonio del causante, y en esa medida forman parte de la masa sucesoral que debe ser adjudicada a todos sus herederos de acuerdo a los órdenes hereditarios dentro del proceso legal establecido para ello, trámite cuya competencia se encuentra reservada al Juez de familia, y como quiera que en autos no se acreditó en debida forma la calidad de único heredero del demandante, dicho dinero deberá ser cancelado conforme lo disponga la jurisdicción competente o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente una vez se acredite en legal forma ante PORVENIR, esta procederá con el pago en los términos legales, confirmándose en este punto el fallo de primer grado.

---

[10] **ARTÍCULO 15. DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.** Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los **beneficiarios**:

a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;

b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima

[11] **ARTÍCULO 76. INEXISTENCIA DE BENEFICIARIOS**. En caso de que a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

En caso de que no haya causahabientes hasta el quinto orden hereditario, la suma acumulada en la cuenta individual de ahorro pensional se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente Ley.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo 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 el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIEGO ANDRES MONROY CORREAL CONTRA SOCIEDAD SERVIVILLAS LTDA (RAD. 36 2018 00587 01).

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte DEMANDANTE *(correo electrónico del 13 de octubre del 2021)*, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de agosto del 2021 (*Acta y audio archivo 7, expediente digital*), en la que se resolvió *(Record: 40:03)*:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción denominada inexistencia del vínculo jurídico laboral o contractual entre el demandante y la sociedad SERVIVILLAS LTDA.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor DIEGO ANDRES MONROY CORREAL.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas al demandante, liquídense con la suma de $200.000 pesos por concepto de agencias en derecho.*
>
> ***CUARTO: CONSÚLTESE*** *con el superior la presente sentencia en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.**"***

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, a lo cual se procede previa la

constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor DIEGO ANDRES MONROY CORREAL, las pretensiones relacionadas en las páginas 4 a 7 y 23 del archivo 1 pdf expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3, 4 y 22 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido del 25 de marzo del 2010 al 7 de enero del 2017, con un salario mínimo mensual legal vigente, en consecuencia solicita el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión, ARL, caja de compensación familiar), sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* gastos y agencias en derecho*.* **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la sociedad accionada.

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

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre DIEGO ANDRES MONROY CORREAL como trabajador y SERVIVILLAS LTDA como empleador, existió contrato de trabajo del 25 de marzo del 2010 al 7 de enero del 2017, advirtiéndose, la Juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales,

pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y SERVIVILLAS LTDA., correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701[1].

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes documentales:

- Recomendaciones de egreso Hospital Meissen del 2 de enero del 2012 (pág. 16 archivo 1 pdf expediente digital), allí no se refiere el motivo de la consulta ni los padecimiento del accionante.
- Estado de cuenta Hospital de Meissen del 3 de enero del 2012 por valor de $4715.740 (pág. 17 archivo 1 pdf expediente digital).
- Factura de Venta No. AC213545 del 9 de abril del 2018, que corresponde a un servicio de "*enjuague camioneta"* por $21.000, sin mencionar o citar quien realizo dicho servicio.

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la demandada *(Audiencia del 1° de junio del 2021, archivo 2 expediente digital Record: 40:48)*

---

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

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

quien señaló no conocer al demandante, comentando que es a través de contratos de prestación de servicios que se vincula al personal del lavadero de carros de su propiedad, a quienes se les retribuye de manera quincenal de acuerdo al número de servicios realizados, precisando nunca han tenido mascotas de seguridad en el establecimiento pues todo es vigilado a través de cámaras y alarmas.

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial la de las señoras MIRTHA LUISA ROJAS QUINTERO[2] y OLGA LUCIA CORREDOR SUESCUN[3], quienes prestan sus servicios a favor de la sociedad accionada, la primera de ellas en el área de Recursos Humanos y la segunda como cajera.

Ambas deponentes refirieron no conocer al señor DIEGO ANDRES MONROY CORREAL, pues nunca lo vieron prestar sus servicios en el lavadero de carros, la primera de las testigos incluso señala ser quien efectúa todo el proceso de selección del personal que se vincula a la sociedad, expresando no haber encontrado ni tan siquiera una hoja de vida del actor, igualmente la señora CORREDOR SUESCUN quien recibe el pago de los servicios prestados (lavado de carros, cambio de aceite y soat) refirió no haber obtenido facturas por parte del accionante que dieran lugar a entender que prestó sus servicios en dicho establecimiento.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador *(artículo 61 del C.P.L.),* sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de la sociedad demandada, pues no se aportó un medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo, pues ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio a favor de SERVIVILLAS LTDA., a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor, recordándole al demandante conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

---

[2] Audiencia del 1° de junio del 2021, archivo 2 expediente digital Record: 46:44
[3] Audiencia del 1° de junio del 2021, archivo 2 expediente digital Record: 1:07:14

Ahora y en cuanto a la documental aportada y ya citada, de la misma no se puede extraer la prestación personal alegada pues la información que esta contiene ninguna relación tiene que ver con la vinculación laboral que el actor indica haber sostenido con SERVIVILLAS LTDA.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con la accionada, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiendo, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena en su contra tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

> ***"No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo.*** *Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado**.** Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado…**".***

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor de la demandada, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Por otro lado y atendiendo al escrito de alegatos presentado por el apoderado del demandante, baste con señalar la certificación aportada no se tendrá en cuenta por esta Sala de decisión, puesto que de conformidad con el artículo 83 del C.P.T. tal documental ni fue pedida ni tampoco se solicitó su decreto en primera instancia.

Así las cosas, se itera el promotor de la Litis debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso

bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba".*

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de la accionada, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia consultada, por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGEL RUBIEL RUIZ LANOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2020 00013 01)

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y el DEMANDANTE (fls. 199, 200, 201 a 205) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 37 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 17 de agosto de 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 28:55 Cd. fl. 143, audio 4),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto jurídico de traslado que efectuó el demandante señor ANGEL RUBIEL RUIZ LANOS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A, con fecha de suscripción el día 21 de noviembre del año 1997. En consecuencia, **DECLARAR** valida su afiliación del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRDORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A en costas, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a favor de la parte demandante. **SIN COSTAS** en el presente proceso respecto de COLPENSIONES.*

> ***QUINTO: ORDENÓ*** *remitir el presente proceso ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial para que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión."*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR solicita se revoque en su totalidad la sentencia, señalando tal AFP si cumplió con el deber de información como estaba previsto al momento de la afiliación del demandante y en consecuencia a través de sus asesores se le brindó información clara, completa, veraz, suficiente y comprensible que contenía los aspectos más fundamentales no solamente del régimen de ahorro individual con solidaridad sino también del régimen de prima media con prestación definida, precisando la única constancia a la que estaba obligada su representada era el formulario de afiliación, con el cual se logra constatar que se realizó la afiliación de manera libre, voluntaria, sin ningún tipo de presiones.

Adujo que la afiliación sucedió en el año 1997 época para lo cual PORVENIR solo estaba obligada a un deber de información muy diferente al que hoy por hoy se les exige a las AFP y que contempla inclusive el deber del buen consejo, el deber de llegar a desincentivar a los posibles afiliados y su decisión de trasladarse resulte conveniente, obligaciones que no estaban vigentes al momento en que se dio la afiliación con el aquí demandante. De tal forma reitera solamente tenía como constancia de la asesoría brindada el formulario de afiliación sin que pudiera exigírsele un documento adicional que lograra acreditar esa asesoría o las condiciones en que se efectuó la misma.

Señala que el demandante si fue informado sobre las características del RAIS al momento de la afiliación pues se mantiene afiliado desde el año 1997 y efectúa sus aportes obligatorios, percibe rendimientos en su cuenta de ahorro individual y ahora cuando ya se encuentra a portas de consolidar su derecho pensional e inmerso en la prohibición de efectuar su retorno al régimen de prima media, sí se interesa en un asunto tan trascendental que es su futuro pensional, con lo cual se deja en evidencia que él actúa con total descuido y con total falta de la diligencia y cuidado que le correspondía como consumidor financiero que él es, de solicitar información, por ende la condena impuesta entonces no debería existir si se parte de que la afiliación a PORVENIR realizada por el demandante tuvo pleno efectos jurídicos y se ajustó a la normatividad que se encontraba vigente.

De otro lado, se opone a la devolución de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual toda vez que producto de la ineficacia se debe entender que las cosas deben retrotraerse al estado anterior al que se encontraban, por lo que se debe

entender nunca se efectuaron aportes a la cuenta de ahorro individual y que en consecuencia la AFP nunca realizó una administración diligente y juiciosa de los recursos de su cuenta, por lo que nunca se generaron rendimientos para ser jurídicamente objeto de devolución. De igual se opone a la devolución de los gastos de administración, en tanto ellos tuvieron una finalidad especifica consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que obedece a la correcta administración y por tanto fueron sumas empleadas para el fin que se encontraban previstas y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, sosteniendo que de avalarse una condena en ese sentido, supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y en detrimento del patrimonio económico de su representada.

Razón por la cual solicita revocar la sentencia, absolviendo a la AFP de las condenas que le fueron allí impuestas, y declarando probadas las excepciones de mérito formuladas con la contestación de la demanda. (Cd fl. 143, record: 31:40)[1]

---

[1] "Gracias señor juez, me permito formular recurso de apelación muy respetuosamente contra la providencia que acaba de proferir el despacho atendiendo a que mi representada PORVENIR, si cumplió con el deber de información como estaba previsto al momento de la afiliación de la demandante, del demandante, perdón, y en consecuencia a través de sus asesores se le brindó información clara, completa, veraz, suficiente y comprensible y que contenía los aspectos más fundamentales no solamente del régimen de ahorro individual con solidaridad sino también del régimen de prima media con prestación definida que la única constancia que estaba obligada mi representada a tener de la asesoría brindada es el formulario de afiliación y que en ese documento se logra constatar que se realiza la afiliación de manera libre, voluntaria, sin ningún tipo de presiones, de manera tal que la determinación de vincularse al régimen se toma de manera libre y voluntaria, por lo que la demandante, el demandante perdón, si fue debidamente informado por mi representada.

Además, debe tenerse en cuenta que esta afiliación sucedió en el año 1997 época para lo cual mi representada estaba obligada a un deber de información muy diferente al que hoy por hoy se les exige a las AFP y que contempla inclusive el deber del buen consejo, el deber de llegar a desincentivar a los posibles afiliados y su decisión de trasladarse resulte inconveniente, todas las cuales obligaciones no estaban vigentes al momento en que se dio la filiación. De tal forma, mi representada solamente tenía como constancia de la asesoría brindada el formulario de afiliación sin que pudiera exigírsele un documento adicional que lograra acreditar esa asesoría o las condiciones en que se efectuó la misma. Que aparte de este formulario en el presente proceso, tenemos lo manifestado por el demandante en su interrogatorio de parte, quien señaló haber hecho uso o haber entendido, haber recibido información sobre las características más principales del régimen y es la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, la generación de rendimientos en su cuenta de ahorro individual, incluso la posibilidad de obtener la devolución de saldos en caso de no acreditar o de no alcanzar a acreditar los requisitos previos en régimen para obtener la pensión de vejez, que son características muy específicas y particulares del régimen de ahorro individual con solidaridad.

De igual manera, el demandante efectuó aportes voluntarios con lo cual claramente conocía estas características que son exclusivas del régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera que el demandante si fue informado sobre ellas al momento de la afiliación e hizo uso de esas características y como ya indiqué no se presentan en el régimen de prima media, sino que son exclusivas del régimen de ahorro individual con solidaridad. Además, también manifestó haber recibido los extractos de su cuenta de ahorro individual, evidencia que tiene unos aportes y rendimientos en su cuenta que también son unas características muy básicas y elementales con el régimen, con lo cual claramente pue se cumplió con la carga informativa que le era exigible a mi representada al momento de la afiliación del actor.

Ahora bien, pues debe señalarse además que el deber de información es de doble vía, por lo que no podía exhibirse al afiliado que le asiste de concurrir bien suficientemente informado al acto de afiliación o indagar al respecto de su futuro pensional durante el tiempo de su vinculación o utilizar cualquiera de los canales de comunicación para plantear cualquier duda o inquietud que le hubiera surgido con relación al traslado de régimen que el efectuó. Por el contrario, el demandante se mantiene afiliado desde el año 1997 y efectúa sus aportes obligatorios, se beneficia d ellos múltiples ventajas que ofrece el régimen, tal como percibir rendimientos en su cuenta de ahorro individual y ahora cuando ya se encuentra a portas de consolidar su derecho pensional, cuando se encuentran inmerso en la prohibición de efectuar su retorno al régimen de prima media, es que se interesa en un asunto tan trascendental que es su futuro pensional, con lo cual se deja en evidencia que él actúa en total descuido y con total falta de la diligencia y cuidado que le correspondía como consumidor financiero que él es, de solicitar información y pue sin formarse de los actos jurídicos que el realiza. Así pues, mi representada si bien tenía una carga informativa, eso no desdice que al demandante también le hubiera asistido una carga informativa que en este caso no logró acreditar haber cumplido. La

A su turno COLPENSIONES, apela la decisión expresando la suscripción del formulario de afiliación o vinculación que realizó el demandante se realizó bajo el principio de la buena fe y la capacidad de autoexhortativa para contratarse de forma libre y voluntaria. Aduce del interrogatorio absuelto por el demandante se logra extraer que si se le informaron características inherentes del régimen de capitalización de ahorro individual con solidaridad, pues el actor manifestó que sus ahorros irían a una cuenta de ahorro individual, que estos aportes generarían rendimientos, el carácter heredable de la pensión, que este suscribió a su mamá y a una hija para ser beneficiarias al momento en que él no se encontrara también, entre otros, por lo que se colige que el asesor le brindó suficiente información y el demandante en pro de esto decidió realizar el traslado o la vinculación a la AFP PORVENIR S.A.

Considera el demandante decidió por voluntad propia suscribirse o afiliarse a la AFP PORVENIR, pues bien pudo haberse afiliado a PROTECCIÓN, OLD MUTUAL o a cualquiera de las AFP que para el momento estaban, sin embargo, él decidió que para sus intereses futuros la mejor opción era PORVENIR S.A, sin que realizara acción tendiente a retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sino después de más de 20 años de estar afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta la figura jurídica de la ratificación tacita, que es la ejecución voluntaria de la obligación contratada, esto es el aporte y las cotizaciones a los riesgos de invalidez, vejez o muerte que

---

condena impuesta entonces no debería existir si se parte que la afiliación a PORVENIR realizada por el demandante tuvo pleno efectos jurídicos y se ajustó a la normatividad que se encontraba vigente en que ella se efectuó.

Ahora bien, la consecuencia, de declarar la ineficacia sobre un acto jurídico es entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica, por lo tanto, debo oponerme a la condena impuesta a mi representada a la devolución de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, toda vez que producto de la ineficacia se debe entender que las cosas deben retrotraerse al estado anterior al que se encontraban, pues precisamente entenderse también que el demandante nunca efectuó unos aportes, que esos aportes nunca fueron a parar a su cuenta de ahorro individual y que en consecuencia mi representada nunca realizó una administración diligente y juiciosa de los recursos de su cuenta, por lo que nunca se generaron rendimientos. Para ser jurídicamente técnicos, estos rendimientos jamás habrían existido, y por tanto, no procedería a ordenar su devolución.

De igual manera, debo oponerme a la condena a mi representada a devolver los gastos de administración, toda vez que si se parte que la afiliación fue completamente valida, y que de esa condena no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, se debería entender que no se corresponde ella con lo dispuesto allí en relación con las restituciones mutuas, esto es no puede obligársele a mi representada a devolver un bien y al mismo tiempo obligársele a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo y para incrementarlo, o que es lo mismo los gastos de administración. Además, esos gastos tuvieron una finalidad especifica consagrado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que obedece a la correcta administración, la generación en la rentabilidad de los recursos de la cuenta de ahorro de la demandante y por tanto, pues fueron sumas que fueron empleadas para el fin que se encontraban previstas y no se encuentran en el patrimonio de mi representada por lo tampoco pues por esta vía procedería ordenar su devolución. Además, aun cuando se entendiese que el demandante producto de la ineficacia se mantuvo afiliado en el régimen de prima media, pues debe entenderse que en este régimen también se efectúan descuentos por conceptos de gastos de administración, por lo que una condena en ese sentido, solamente sería o supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y en detrimento del patrimonio económico de mi representada.

Así las cosas, pues si PORVENIR no incurrió en ninguna falta de derecho no tendría porque mi representada verse obligada a devolver los aportes, rendimientos, ni mucho menos los gastos de administración, si en ningún momento obró de mala fe o desconocimiento de la normatividad vigente en el momento en que se surtió la afiliación. Por lo tanto, le solicito a los Honorables Magistrados revocar la sentencia que de manera muy respetuosa me encuentro apelando, absolviendo a mi representada de las condenas que le fueron allí impuestas, y declarando probadas las excepciones de mérito formuladas con la contestación de la demanda. Dejo así entonces sustentado mi recurso de apelación. Gracias señor juez."

el demandante ha realizado durante todo este tiempo, quedando así saneado cualquier vicio que pudo haberse presentado al momento de la afiliación.

Por último, manifiesta debe tenerse en cuenta el equilibrio financiero del sistema, toda vez que el demandante durante gran parte de la historia laboral ha cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y no ha forjado un derecho pensional en el régimen de prima media, por lo que obtener una pensión en este último régimen, supondría un menoscabo patrimonial a la entidad que representa, solicitando revocar el fallo en lo pertinente y de manera subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia, se confirme la absolución de costas y se la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y aportes de administración. (Cd fl. 143, record: 40:07)[2]

---

[2] "Muchas gracias señor juez, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación dentro de la oportunidad para hacerlo en el sentido en que usted y el despacho declaró o decidió declarar la ineficacia de la afiliación del demandante, y ordenó el traslado de los aportes a mi representada, lo anterior, con fundamentó en las siguientes apreciaciones. Primero, se demuestra que la suscripción del formulario de afiliación o vinculación que realizó el demandante se realizó bajo el principio de la buena fe y la capacidad de autoexhortativa para contratarse.

También que la vinculación se realizó de forma libre y voluntaria, en este punto es necesario hacer hincapié que el demandante manifestó no haber leído el formulario o las cláusulas que se desprenden pues de este documento, lo que genera o se observa una completa decidía o un completo desinterés por su parte lo que sería su futuro pensional. De otra parte, del interrogatorio absuelto por el demandante se logra extraer que si se le informaron características inherentes del régimen de capitalización de ahorro individual con solidaridad, manifestó que sus ahorros irían a una cuenta de ahorro individual, que estos aportes generarían rendimientos, el carácter heredable de la pensión, que este suscribió a su mamá y a una hija para ser beneficiarias al momento en que él no se encontrara también, que si no cumplía con los requisitos semanas y monto, podía acceder a la devolución de saldo, difiero en este punto de que no se le explicaron características del régimen de prima media con prestación definida porque el mismo demandante manifestó conocer que para ese entonces necesitaba requisitos que se exigían en el Instituto de Seguros Sociales que ameritan en el régimen de prima media con prestación definida, era un monto de semanas y la edad, también que el asesor le informó que sus semanas o las semanas que tenía cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales podía recuperarse y a esto se le llamaba bono pensional, que eran como los ahorros que tenía en el Instituto de Seguros Sociales, y que este bono podía ser redimido al momento de pensionarse. También se le explicó por parte del asesor que la característica de la pensión anticipada, y es de observarse que en una reunión que en el dicho del demandante duró una hora, hora y media, por lo que se colige que el asesor le brindó suficiente información y que el demandante pues en pro de esto decidió pues realizar el traslado o la vinculación a la AFP PORVENIR S.A.

Del interrogatorio de parte también el demandante manifestó que el asesor le dijo que si el Instituto de Seguros Sociales iba a liquidarse y que ellos debían escoger uno de los tantos fondos privados que para el momento, para 1997 se encontraba, el demandante decidió por voluntad propia suscribirse o afiliarse a la AFP PORVENIR, pudo haberse afiliado a PROTECCIÓN, OLD MUTUAL o a cualquiera de las AFP que para el momento estaban, sin embargo, él decidió que para sus intereses futuros la mejor opción era PORVENIR S.A. De este punto también, que el Instituto de Seguros Sociales iba a liquidarse es una situación que acaeció y que es de conocimiento mutuo, sin embargo el Instituto de Seguros Sociales paso a ser la ADMINISTRDORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y el demandante no realizó ningún acción tendiente a retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sino después de más de 20 años de estar afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por eso debe tenerse en cuenta la figura jurídica de la ratificación tacita, que es la ejecución voluntaria de la obligación contratada, esto es el aporte y las cotizaciones a los riesgos de invalidez, vejez o muerte que el demandante ha realizado durante todo este tiempo, quedando así saneado cualquier vicio que pudo haberse presentado al momento de la afiliación de este.

Por último, debe tenerse en cuenta el equilibrio financiero del sistema contemplado en el artículo 48 de la Constitución de 1991, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, que impacta la reserva pensional, toda vez que el demandante durante gran parte de la historia laboral ha cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y no ha forjado un derecho pensional en el régimen de prima media, por lo que obtener una pensión de este último régimen, supondría un menoscabo patrimonial a la entidad que represento, de esta forma señores Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral, solicitó revocar el fallo en lo pertinente. De manera subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia, solicito que se confirme la absolución de costas y se confirme la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y aportes de administración. Muchas gracias."

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*fl. 2vto y 3 expediente físico),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 1 a 2vto),* aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado a PORVENIR, en consecuencia se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos financieros que se hubieren causado hasta la fecha en la cual se realice el traslado, así como los gastos de administración, activándose la afiliación al régimen de prima media como si nunca se hubiera trasladado, 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 efectuado por el demandante el 21 de noviembre de 1997al RAIS administrado por PORVENIR. En consecuencia, se ordenó a dicha AFP a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y costos cobrados por administración.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información al actor sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado.

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*

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 9 de febrero de 1964 *(fl. 14),* por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 2 de septiembre del 2019 (*fls. 21, 22, 35 y 36*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 367.57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 7,04 años *(fl. 131),* 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 **21 de noviembre de 1997** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1998** *(fls. 128 y 140 vto)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

---

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

---

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia 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 <u>carga dinámica de la prueba</u>, sino de que la <u>obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP</u>, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el <u>deber de la asesoría y el buen consejo</u>, *incluso al punto de desanimar al interesado,* <u>por ser los especialistas</u> en el tema y en aras de <u>garantizar la libertad informada</u> 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[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

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*

---

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.

> *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 (Cd fl. 143, record: 27:50) no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, que los recursos del fondo estaban protegidos y tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega COLPENSIONES en la alzada, 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 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, precisándose, aunque la demandante adujo conocer aspectos como la existencia de los rendimientos financieros y la creación de la cuenta de ahorro individual, entre otras características de dicho régimen, de su versión resulta claro que es el

conocimiento que tiene a la fecha lo cual no implica necesariamente que en 1997, le fue entregada esa misma información, como era deber de la administradora.

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 (fl. 140)*,* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(fls. 148 a 152)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración 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 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 <u>en el momento del traslado de régimen</u> **(21 de noviembre de 1997 , efectivo el 01 de enero de 1998 fl. 128),** 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 **<u>INEFICACIA DEL TRASLADO</u>** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor *(fls. 129 y 130),* 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.

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

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

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

administración. 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 (…)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[6] *(fl. 168),*entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo,

[6] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de junio de 2021 (*fls.178 y 179*).

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 SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

> *"…recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:*
>
> > *Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que* ***las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo,*** *en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
> >
> > *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral Transitorio 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 MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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