

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE MORA SUAREZ
CONTRA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 02 2020 00034 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 demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (folios 4 y 5), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero 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 el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2021 (Archivo 08. AUD.ORD. 02-2020-00034.pdf), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada improcedencia del reintegro e inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, y en consecuencia, se **ABSUELVE** a AGUAS DE BOGOTA S.A.E.S.P, de las pretensiones invocada en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante recurrió la sentencia de primer grado, refiriendo, el contrato interadministrativo va del año 2012 al año 2022, conforme al acuerdo de formalización laboral celebrado ante

el Ministerio de Trabajo. Recordó que aportó al plenario documental relativa a una sanción por parte de la Procuraduría, en la que se afirma un contrato realidad y en el que se analiza una sanción a la demandada por el incumplimiento del contrato interadministrativo y además un llamado por parte de la Personería distrital. (Archivo 08. AUD.ORD. 02-2020-00034.pdf record 1:21:18)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, señor JOSE ZARQUIS MORA SUAREZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Expediente virtual, Archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf, folios 7 a 9), encaminadas principalmente a que se declare entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 14 de diciembre de 2012, se declare inexistente el contrato por obra o labor determinada suscrito el 14 de junio de 2013; se declare al momento de su despido, el actor hacía parte de la población vulnerable, por haber sido víctima del conflicto armado y desplazamiento forzado. Se declare, el convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-12 de 2012 continuó vigente después del 11 de febrero de 2018, fecha en que el actor fue desvinculado; se condene a la encartada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación o a otro de mejores condiciones, sin solución de continuidad; al pago de los salarios, aportes a seguridad social, primas de servicios, cesantías, vacaciones causadas desde la

¹ **Apoderado demandante (1:21:18):** Muchas gracias su señoría, apelo la decisión de marras en lo siguiente, el contrato interadministrativo, esta del 2012 hasta 2022 tal como esta aportado en el plenario, en el contrato interadministrativo, ya que la empresa haya modificado los 21 contrato, no tiene validez ya que estos mismos fueron formalizados el 16 de diciembre de 2013, ante el Ministerio de Trabajo. Esta razón, su señoría con la mayor importancia yo allegue a su despacho una sanción por parte de la Procuraduría de fecha de 05 de agosto del 2020, donde pues no da por valorada el contrato a obra o labor, sino el contrato realidad, es decir, el contrato interadministrativo para el cual se encuentra mi representado avalado, y se tiene llamado a la personería distrital para acudir a la sanción que debe a la empresa de AGUAS DE BOGOTÁ, por el incumplimiento del contrato interadministrativo. No siendo más su señoría.

fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; al pago de las dotaciones correspondientes a los años 2016, 2017 y 2018, indemnización por no consignación de las cesantías, indexación e intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En subsidio de la pretensión de reintegro, solicitó se condene a la demandada a pagar a su favor la indemnización por despido injustificado.

Obtuvo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto la Juez a quo concluyó, la contratación del demandante lo fue mediante un contrato de obra y se supeditó su duración a la vigencia del convenio interadministrativo; el contrato a término fijo que sostuvieron las partes quedó finalizado y es diferente al de obra o labor, que las partes pactaron voluntariamente y con diferentes condiciones; tampoco encontró incidencia en que el contrato interadministrativo por virtud del cual fue contratado el demandante hubiera sufrido 21 prórrogas, pues ello no cambia la naturaleza del contrato por obra suscrito entre el actor y la convocada, que se supeditó a la vigencia del citado convenio y en consecuencia, el contrato terminó por una causa legal, por lo que no hay lugar al reintegro y pago de salarios y prestaciones solicitadas. Estimó, el actor no demostró estar en alguna situación de estabilidad laboral.

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

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de discusión dentro del presente asunto que el demandante prestó sus servicios a la entidad AGUAS DE BOGOTÁ S.A., mediante un contrato de trabajo a término fijo a 4 meses, con término inicial entre el 14 de diciembre de 2012 y el 13 de abril de 2013, que fue objeto de dos prórrogas, la primera del 14 de abril de 2013 al 13 de mayo del mismo año y la otra del 14 de mayo al 13 de junio de 2013. (Expediente digital, archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf folios 23 a 26). Adicionalmente, obra el contrato de trabajo por “*duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, (expediente digital, archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf folios 27 y 28), con fecha de inicio el 14 de junio de 2013 y el

cual finalizó el 11 de febrero de 2018, tal como se evidencia en la certificación laboral expedida por Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y en la liquidación final de prestaciones del demandante (folios 240 y 242 ibídem).

Ahora bien, aborda la Sala el estudio correspondiente a la finalización del vínculo laboral del actor con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. así como del convenio interadministrativo número 1.7-10200-809-2012, advirtiendo, aunque no obra en la foliatura carta de terminación del vínculo laboral, que dé cuenta de las razones de terminación del vínculo, pero, según se narra en la demanda, obedeció a la culminación de la obra por la expiración del Convenio, como se señaló en el hecho 38 del escrito introductor:

“38. Así mismo, la empresa AUGAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, dio finalización al supuesto contrato el 11 de febrero de 2018, con los argumentos que había terminado la obra o labor especificada, lo cual falta a la verdad porque continuaba vigente labores desprendidas del contrato interadministrativo 1.7-10200-809-2012”

En esa dirección, conviene traer a colación el contenido de la cláusula segunda del “*Contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada*”, suscrito por las partes que es del siguiente tenor (expediente digital, archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf folios 27 y 28),

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

De igual forma, se allegó como prueba la prórroga No. 21 del plazo de ejecución del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 del 15 de enero de 2018 (expediente digital, archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf folios 205 y 206) suscrito entre el Acueducto de Bogotá y Aguas de Bogotá donde se indicó:

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

Pues bien, de conformidad con el material probatorio vertido al plenario, en especial las documental citadas, a juicio de esta Sala de decisión, resulta evidente que la contratación del demandante se enmarcó dentro de los contratos denominados por obra o labor, dado que desde el inicio de ésta modalidad de vinculación (14/06/2013), en el mismo contrato se definió, que la actividad para la cual fue contratado se supeditó la duración de su vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012.

Así las cosas, se tiene que por voluntad expresa de las partes, el contrato de trabajo pactado a término fijo culminó el 13 de junio de 2013 y a partir del 14 de junio del mismo año se dio paso a otra modalidad contractual (obra o labor), iterando que desde el inicio de esa última vinculación las partes acordaron que la vigencia **estaría supeditada a la duración del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012**, aunado a ello no se probó de forma alguna que la actividad del demandante como conductor se realizara por razones diferentes a la ejecución del convenio interadministrativo, es decir no se demostraron actividades ajenas a las que se impusieron para la ejecución del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, en orden interpretar que la contratación del demandante en la realidad no fue bajo la modalidad establecida en el contrato de trabajo, contrario a ello, como ya se indicó se demostró que de forma expresa las partes acordaron supeditar la duración del vínculo a la vigencia del convenio interadministrativo.

De esta manera, en este especial asunto encuentra la Sala, frente a la terminación del vínculo que ató a las partes, que el mismo en efecto **feneció por una causa legal** contenida en el C.S.T., artículo 61 literal “d”, esto es, por **terminación de la obra o labor contratada**, pues no a otra conclusión se puede arribar, teniendo en cuenta que como se ha venido señalando, en el contrato de trabajo que ató a las partes y que finalizó el 11 de febrero de 2018 se estableció que el vínculo se supeditaba a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 (*obra para la cual fue contratado el demandante*), el cual conforme la modificación, denominada prórroga del plazo de ejecución del 15 de enero de 2018, finalizó el 12 de febrero de 2018 (fls. 100 y 101).

Sin embargo, la parte demandante en su apelación insiste en que el contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ,

sigue vigente por virtud del acuerdo de formalización laboral celebrado por las citadas entidades ante el Ministerio de Trabajo.

Pues bien, de la lectura del citado acuerdo de formalización laboral (expediente digital, archivo 01. Expediente 02-2020-00034.pdf folios 35 a 45) se extrae, el mismo tuvo como finalidad arribar a compromisos relativos a la formalización de los vínculos de trabajo y protección de los derechos de los trabajadores que adelantan los servicios de aseo en la ciudad de Bogotá, pero en ninguno de sus apartes hizo alusión a que el contrato interadministrativo tantas veces citado tenga vigencia hasta el año 2022, como lo afirma el recurrente.

Es más, en el mismo acuerdo se hace referencia a que en virtud del contrato interadministrativo, la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. celebró contratos de trabajo a término fijo o por obra o labor con los trabajadores vinculados al PROYECTO ASEO y que dichos contratos contienen una condición resolutoria, relativa a su culminación, en el evento que termine el contrato interadministrativo, como en efecto ocurrió, por virtud de lo dispuesto en la modificación 21 del citado contrato.

En cuanto al documento proveniente de la Personería de Bogotá, a que alude el censor, debe señalarse, corresponde a la respuesta a una solicitud presentada ante esa autoridad por parte de un ciudadano distinto al accionante y que no tiene relación con el presente litigio, por lo que no hay lugar a que la Sala emita ningún pronunciamiento al respecto y el documento proveniente de la Procuraduría que se anunció en los argumentos de la alzada, brilla por su ausencia en el paginario.

En orden a lo anterior, se itera, el contrato de trabajo por obra o labor, celebrado entre el aquí demandante y la encartada, terminó por la concurrencia de un modo legal y por contera, tal como lo analizó la juez a quo, devienen imprósperas todas las solicitudes del actor.

COSTAS. En esta instancia estarán a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

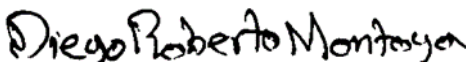

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 LUZ ANGELA
RODRIGUEZ BONILLA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES. (RAD. 02 2020 00082 00).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL&NAF ABOGADOS SAS (fl. 10).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada COLPENSIONES (folios 4 a 6), 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 demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por la Juez Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de septiembre de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de

la plataforma Microsoft Teams, audio archivo 10 y acta de audiencia archivo 11 del expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora LUZ ANGELA RODRIGUEZ BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía N°28.605.597, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañera (sic) permanente SALVADOR ROBLES, desde el 20 de mayo de 2019, en un porcentaje del 100% de la prestación que venía percibiendo el pensionado según se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante LUZ ANGELA RODRIGUEZ BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía N°28.605.597, la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del reseñado causante, en un porcentaje del 100% del beneficio pensional que venía percibido el citado pensionado, incluido el retroactivo causado desde el 20 de mayo de 2019 y hasta la fecha efectiva de pago, autorizándose a COLPENSIONES a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de octubre de 2019y hasta la fecha en que realice el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 20 de mayo de 2019.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la señora LUZ ANGELA RODRIGUEZ BONILLA. Fijándose la suma de \$1.200.000 pesos como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación. Comenzó por recordar, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es beneficiar a quien realmente compartió la vida con el causante en los últimos años de su vida, ello con el fin de amparar la comunidad de vida y no a quien simplemente pretenda un beneficio económico. Hizo énfasis en ello, por considerar, dentro de las pruebas recaudadas no se logró acreditar el requisito de convivencia de la demandante con el causante; recabó en que la demandante afirmó en interrogatorio, al causante no le gustaban las fotos; sin embargo se hizo una exhibición de fotografías de diferentes eventos familiares, que corresponden a celebraciones esporádicas en las cuales madre y padre podían estar presentes, así como la hija y el yerno de la demandante, cuyos testimonios están viciados por tener un interés personal y una relación con la actora.

Encontró inconsistencias en el testimonio de la señora Marisol, quien dijo ser vecina de la demandante. Consideró los testimonios fueron preparados e inducidos y el señor Norberto es un testigo de oídas, quien nunca ingresó al domicilio de la demandante, no le consta su convivencia con el causante y solo los veía en la tienda que frecuentaban y concluyó, no se demostró el requisito de convivencia.

También manifestó inconformidad respecto a los intereses moratorios y costas a que fue condenada Colpensiones, rubros que a su juicio conllevan un detrimento en el patrimonio de la administradora¹. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 44:29, archivo 10AUD.ORD. 02-2020-00082-20210917-Meeting Recording, expediente digital).

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

¹ **Apoderado COLPENSIONES (44:29):** Gracias doctora, encontrándome dentro de la oportunidad procedo a presentar recurso de apelación contra el fallo proferido, debe entenderse que en cuanto la pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la vida marital o de convivencia de compartir, la convivencia permanente, responsable y afectiva, la asistencia, el auxilio mutuo, ayuda económico, el acompañamiento espiritual, la finalidad es beneficiar de quien realmente compartió la vida del causante de la pensión, asistiéndose en sus últimos días, esta exigencia fue contemplada por el legislador para amparar a la comunidad de vida hecha con el causante en personas que solo pretenden un beneficio económico, inicié mi apelación indicando esto debido, con base en las pruebas obrantes en el expediente administrativo y las pruebas que fueron recaudadas dentro del proceso se concluye que no se logró acreditar el requisito de convivencia, por lo que no se puede acceder a la pretensión alegada.

De la misma manera indicándose que en los interrogatorios la demandante indicó que el señor ROBLES no le gustaban las fotos, pero su hija realizó una exhibición de fotografías de diferentes eventos familiares, en los cuales no son conscientes, ya que eran celebraciones esporádicas, lo cual la familia se podía reunir independientemente para cumpleaños, bautizo, o cualquier evento para lo cual pretendían que toda la familia estuviera reunida, y siendo padre y madre podrían estar independientemente en dicha reunión, de la misma manera tanto el yerno como la hija del demandante rindieron testimonio, los cuales están viciados al tener un interés personal, dependencia y relación, el testimonio rendido por la señora MARISOL quien dijo que era la vecina indicó que aún están viviendo en la casa, pero el testimonio de la hija manifestó que se habían mudado la demandante y ella y su hermano pagaban el arriendo de dicho apartamento, los testimonios fueron preparados e inducidos, el testimonio rendido por el señor NORBERTO es un testigo de oídas, puesto que nunca ingreso a su domicilio y no le constaba su convivencia ya que solo se encontraba en la tienda que frecuentaban.

De la misma razón en condenar en el pago de los intereses moratorios o costas o agencias en derecho se procederá a presentar un detrimento al patrimonio del fondo, por lo anterior, le solicitó a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral de Bogotá se revoquen la sentencia y se absuelva a mi representada de los numerales, puesto que no fue demostrado la convivencia dentro del proceso, del presente proceso. Gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante Luz Ángela Rodríguez Bonilla, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo 01.Expediente 02-2020-00082 folios 4 y 5, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 y 4 ibidem, aspirando se declare, tiene derecho a la sustitución pensional, con motivo del fallecimiento del señor Salvador Robles (q.e.p.d.); se condene a COLPENSIONES reconocer y pagar a su favor la prestación pensional, junto con los reajustes de ley, mesadas adicionales, intereses moratorios y costas procesales. Como fundamento de sus solicitudes, refirió, entre el 5 de febrero de 1987 y el 20 de mayo de 2019, sostuvo una unión marital de hecho con el señor Salvador Robles, convivencia que fue exclusiva y continua; siempre dependió económicamente de su compañero; fruto de esa unión procrearon dos hijos de nombres Juan Palo Robles Rodríguez y Viviana Robles Rodríguez, ambos mayores de edad; el causante jamás contrajo matrimonio; Salvador Robles falleció el 20 de mayo de 2019, convivió con el de cujus durante los cinco años anteriores a su deceso; para la fecha de la muerte de su compañero, la actora contaba con más de 30 años de edad, siempre estuvo pendiente del afiliado. Mediante resolución SUB 278828 de 9 de octubre de 2019, Colpensiones le negó el reconocimiento pensional, decisión que fue confirmada mediante resolución DPE 1393 de 27 de enero de 2020.

La demandante obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones en tanto la juez a quo declaró, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la prestación en porcentaje del 100% del beneficio pensional que venía percibiendo el causante, incluido el retroactivo desde el 20 de mayo de 2019, los intereses moratorios desde el 30 de octubre de 2019 y hasta la fecha en que se realice el pago de las mesadas. Lo anterior, por considerar acreditada la convivencia de la actora y el de cujus en los términos de ley.

Así las cosas, de manera preliminar ha de señalarse, no son objeto del debate en el presente asunto, las conclusiones a las que arribó la Juez *a quo*, según las cuales:

i) El señor SALVADOR ROBLES falleció el 20 de mayo de 2019, conforme al Registro Civil de Defunción **(archivo 01.Expediente 02-2020-00082 folio 9, expediente digital)**.

ii) Mediante Resolución 0402 de 18 de febrero de 1998, la ETB reconoció a Salvador Robles una pensión de jubilación compartida **(archivo 01.Expediente 02-2020-00082 folio 19, expediente digital)**.

iii) Mediante Resolución No. 008467 del 26 de febrero de 2009, el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez compartida al causante **(archivo 01.Expediente 02-2020-00082 folio 19, expediente digital)**.

iv) Mediante la resolución SUB 278828 de 9 de octubre de 2019, Colpensiones negó el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora Luz Ángela Rodríguez Bonilla **(archivo 01.Expediente 02-2020-00082 folio 19, expediente digital)**.

Así las cosas, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (20 de mayo de 2019), la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte².

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la accionante superaba los treinta años de edad³ en la fecha del fallecimiento del señor Salvador Robles, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

³ LUZ ANGELA RODRIGUEZ BONILLA tenía 53 años de edad (nació el 26 de octubre de 1965), información que se extrae de la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (expediente digital, carpeta CC-5932392, archivo GEN-ANX-CI-2019_14901925 pdf)

la convivencia real y efectiva con el de cujus por lo menos durante 5 años anteriores a la data de su deceso, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada y frente al que se pronunció recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 1730 de 2020, radicación 77327 de 3 de junio de 2020, en los siguientes términos:

“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN)”.

De este modo, con el fin de verificar si en efecto se acreditó la convivencia alegada por la señora Luz Ángela Rodríguez Bonilla con el de cujus, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se adosaron: (archivo 01. EXPEDIENTE 02-2020-00082 pdf.)

--Fl. 10 Formulario único de afiliación a la EPS, en la que se relaciona como beneficiara a Luz Ángela Rodríguez Bonilla en calidad de compañera permanente.

-Fl. 16 Declaración extraprocesal rendida el 3 de enero de 2002 por SALVADOR ROBLES (q.e.p.d.), de fecha 3 de enero de 2002 donde manifestó que vivía en unión libre, permanente y bajo el mismo techo con la señora Luz Ángela Rodríguez Bonilla, con quien había procreado dos hijos de nombres Juan Pablo y Viviana Robles Rodríguez.

-Fl. 18 Certificación expedida por la Nueva EPS S.A. de fecha 14 de enero de 2009, en la que figura como cotizante Salvador Robles y como beneficiaria en calidad de cónyuge, Luz Ángela Rodríguez Bonilla.

Absolvió interrogatorio de parte la señora LUZ ANGELA RODRÍGUEZ BONILLA⁴. Afirmó haber convivido con Salvador Robles desde febrero de 1987 y hasta mayo de 2019, cuando éste falleció; nunca se separaron y tuvieron dos hijos. Relató, Salvador era pensionado de la ETB; él se fue a Fusagasugá a recoger los recibos de un apartamento que tenían allí y sufrió un infarto fulminante que terminó con su vida. Ella no lo acompañó, estaba en Soacha cuidando a los nietos. Las honras fúnebres fueron en Soacha y ella estuvo presente; lo cremaron en Girardot y ella estaba pagando un seguro funerario que cubrió los gastos exequiales.

De otra parte, rindió declaración OSCAR FABIÁN SANABRIA HERNÁNDEZ⁵, yerno de la demandante. Señaló conocer a la señora Luz Ángela Rodríguez desde niño. La conoció viviendo con su esposo Salvador Robles y sus dos hijos. Le consta su convivencia porque los visitaba cada quince días o cada mes. Refirió, don Salvador Robles falleció en mayo de 2019. La demandante estaba en Soacha cuidando a los nietos y por eso su suegro viajó solo a Fusagasugá, donde murió de un infarto. El testigo y su cuñado (el otro hijo de la demandante y el causante) hicieron las diligencias para que trajeran el cuerpo a Soacha. Le consta que la actora estuvo presente en la velación de don Salvador, a quien luego cremaron en Girardot. Nunca conoció que el causante tuviera otra mujer y Luz Ángela dependía de su compañero.

La testigo VIVIANA ROBLES RODRIGUEZ,⁶ hija de la demandante y el causante, relató, sus padres siempre vivieron juntos, nunca se separaron, hasta el 20 de mayo de 2019 cuando su padre falleció. Explicó, en esa oportunidad su padre viajó a Fusagasugá solo porque Luz Ángela se quedó en Soacha cuidando a sus nietos (hijos de la testigo). Agregó, su señora madre dependía económicamente de padre, lo acompañó en la velación y su cuerpo fue cremado en Girardot. Relató, ella, su esposo y sus hijos habitaban en la casa de sus padres, pero luego de la muerte de

⁴ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 32:00

⁵ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 48:00

⁶ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 1:04:58

su padre, su hermano y ella tuvieron que pagar un apartamento para su mamá, porque debido a la artritis reumatoide que sufre se le dificulta subir y bajar escaleras. Aunque afirmó, a su padre no le gustaba que le tomaran fotos, la juez de primer grado, le permitió a la testigo exhibir a la cámara unas fotografías tomadas de su celular, donde se aprecia a su padre y su hermano y en otras sus padres juntos.

La señora MARISOL HERNÁNDEZ GUZMÁN⁷, amiga y vecina de la demandante, vive a una casa de la demandante, manifestó conocer a Luz Ángela y a Salvador Robles desde hace más de 30 años, cuando tenían un niño pequeño. Le consta que convivieron juntos hasta cuando él falleció en 2019, los veía salir juntos a hacer mercado y también la iban a visitar a ella de vez en cuando. Refirió a veces don Salvador iba a Fusa pero se demoraba un fin de semana o máximo una semana, estuvo en las exequias, que fueron en Soacha, no le consta que Salvador tuviera otra mujer u otros hijos y era él quien sufragaba los gastos de la familia. Afirmó que *“ellos siguen viviendo allí”*.

Declaró MARÍA VIRGINIA MALAGÓN TIRANO⁸, amiga de la demandante desde hace 32 años, afirmó conocer a Luz Ángela y a Salvador cuando ya convivían en el barrio El Paraíso; vivía en frente de la casa de ellos, le consta que procrearon dos hijos y vivieron juntos hasta mayo de 2019, cuando don Salvador murió en Fusagasugá víctima de un infarto. En la semana en que ello ocurrió la testigo estaba con Luz Ángela en Soacha haciendo costuras y le consta que ella no lo acompañó porque tuvo que cuidar a sus nietos (hijos de Viviana). Siempre vio a la demandante y al causante juntos, iban a merchar y a hacer vueltas.

Finalmente, NORBERTO AZAEL RIVERA RAMÍREZ⁹. Amigo de Luz Ángela, viven en Soacha San Mateo en el mismo conjunto residencial; afirmó que la conoció aproximadamente en el año 2015, por medio de una amiga en común. Doña Ángela le presentó a su esposo, Salvador Robles; los veía juntos por el barrio y frecuentaban la misma tienda; no le consta que se hubieran separado nunca. Sabe que tenían una propiedad en Fusagasugá donde murió don Salvador. El testigo afirmó haber estado un rato en la velación, donde vio a la demandante.

⁷ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 1:23:00

⁸ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 1:36:00

⁹ Audio archivo 06 AUD. ORD. 02-2020-00082-202110913_141348-meeting recording- record. 1:47:00

De esta manera, analizado el material probatorio, frente a la declaración extrajuicio vertida en vida por el pensionado Robles, el 3 de enero de 2002, donde afirmó vivir en unión marital con Luz Ángela Rodríguez Bonilla bajo el mismo techo y que ésta dependía económicamente de él (fl. 16), dicha declaración no fue precisa en anotar circunstancias particulares de los compañeros y en ella no se hizo referencia al tiempo de convivencia que tenía la pareja para esa data; es decir, lo allí manifestado resulta insuficiente para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa la declaración y en todo caso, dicha manifestación solo dio cuenta de la mentada convivencia en el año 2002.

Ahora bien, en relación con las declaraciones ya referidas, debe señalarse, las mismas son coincidentes en afirmar que LUZ ANGELA RODRÍGUEZ BONILLA y SALVADOR ROBLES (q.e.p.d.) convivieron juntos por lo menos durante 32 años sin ninguna clase de separación. Particularmente, las señoras Marisol Elvira Hernández Guzmán y María Virginia Malagón, vecinas de la pareja, percibieron de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja, pues las dos testigos habitan en el municipio de Soacha, la primera al lado y la otra en frente de la vivienda donde la demandante habitó con su compañero. Adicionalmente, la señora María Virginia Malagón Tirano, según afirmó, trabajaba en labores de costura con la aquí accionante, lo que le permitió conocer de primera mano los pormenores de la convivencia de aquella con el de cujus.

Las citadas manifestaciones fueron reforzadas por el señor Norberto Azael Rivera Ramírez, quien solo los conoció en el año 2015, por razón de su vecindad, y aunque afirmó no haber ingresado nunca al lugar de habitación de la pareja, ello no lo hace un testigo de oídas, pues tuvo la oportunidad de ver a la demandante y el causante en el barrio, mercando y desarrollando actividades cotidianas; es decir, al igual que las anteriores testigos, dio cuenta de la convivencia permanente de la convocante y el pensionado por lo menos desde esa data y hasta la del óbito del señor Salvador Robles, así como por Viviana Robles Rodríguez, hija de la demandante y el causante y Oscar Fabián Sanabria Hernández, yerno de éstos quienes por su relación de familiaridad, tienen un conocimiento aún mayor respecto al carácter permanente e ininterrumpido de su convivencia.

Los mentados dichos para la Sala gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones se mostraron espontáneas y coincidentes y en ningún momento fueron contradictorias. Además expusieron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas y sin ánimo de favorecer al extremo demandante; particularmente respecto a las declaraciones de Viviana Robles Rodríguez (hija) y Oscar Fabián Sanabria Hernández (yerno) de la accionante y el pensionado, su conocimiento proviene precisamente de su relación de familia, sin que ese vínculo pueda ser tachado de sospechoso, pues son precisamente los familiares más cercanos, quienes pueden dar cuenta de los pormenores de la vida de pareja del causante y su compañera.

Igualmente aclara la Sala en relación con los argumentos del apelante, relativos a la ausencia de material fotográfico en el proceso debido a que al causante *“no le gustaban las fotos”*, según lo afirmó la demandante en su interrogatorio y su hija Viviana Robles Rodríguez, no resulta razón suficiente para desconocer la existencia del vínculo de convivencia a que se ha venido haciendo alusión, máxime cuando la prueba testimonial es tan coherente y clara.

Tampoco genera ningún tipo de sospecha, el que el señor Salvador Robles hubiera fallecido en Fusagasugá y sin la compañía de la demandante, pues aunque éste fue el argumento que Colpensiones tuvo en cuenta para negar la prestación a la actora, como se colige de la investigación administrativa aportada por la demandada, a instancias de dicha investigación como en el decurso de este proceso, los testigos fueron contestes en referir, la pareja tenía un inmueble en el citado municipio, que algunas veces viajaban juntos y otras lo hacía el señor Robles solo, de las declaraciones se colige que en aquella última oportunidad, el señor Robles no viajó acompañado, debido a que Luz Ángela tuvo que cuidar a sus nietos para que su hija Viviana pudiera entregar un trabajo de confección urgente, situación aislada que en momento alguno permite avistar una separación o la falta de apoyo o ayuda mutua.

De otro lado, señaló el recurrente, la existencia de una contradicción entre los testimonios de Viviana Robles Rodríguez y Marisol Hernández Guzmán, pues la primera afirmó que ella y su madre se habían mudado y su hermano pagaba el

arriendo; en tanto la segunda de ellas (vecina), afirmó aún están viviendo en la casa. Frente a este punto de inconformidad, advierte la Sala, contrario a lo afirmado por el apelante, la testigo Viviana Robles, relató que desde cuando inició la convivencia con su esposo, vivieron en la casa de sus padres, pero que actualmente la señora Luz Ángela Rodríguez vive en otro apartamento que pagan ella y su hermano, debido a que la artritis le impide a su señora madre subir y bajar escaleras.

Las anteriores afirmaciones no riñen con lo manifestado por la testigo Marisol Hernández, quien señaló, aún viven en la casa, pues como se colige de la declaración de Viviana Robles, el núcleo familiar conformado por ella, su compañero permanente y sus hijos aún habitan en la casa paterna y en consecuencia, esta circunstancia, tampoco pone en duda la convivencia con ánimo de apoyo y ayuda mutua que se prohicieron Luz Ángela Rodríguez Bonilla y Salvador Robles hasta el día de la muerte del pensionado.

Todos los anteriores razonamientos, sumados a que desde el año 2008, la demandante gozaba de los servicios de salud, en calidad de beneficiaria del causante Salvador Robles, llevan a la Sala a afirmar con certeza, que la compañera permanente hoy demandante logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (20/05/2014), razón por la cual se acreditaron los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado en la misma cuantía que venía percibiendo el causante y en este punto se deberá confirmar la sentencia.

En cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante está siendo reconocido con fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales, como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación pensional, debe ser sancionado en los términos de tal normativa, como quiera que dichos réditos proceden como resarcimiento por la tardanza en el pago de la prestación.

De ésta suerte, como quiera que la pensión de sobrevivientes fue solicitada el 30 de agosto de 2019, como consta en la resolución SUB 278828 de 9 de octubre de 2019 (fl. 19), los intereses moratorios deben ser impuestos a partir del 30 de octubre de 2019, que sería la fecha de vencimiento del plazo de dos meses previsto en el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, tal como se estableció en el fallo aquí consultado por ende se confirmará la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se deben pagar los intereses moratorios.

De otro lado, frente a la excepción de prescripción formulada por la demandada Colpensiones¹⁰ advierte la Sala, no se configuró el fenómeno de que tratan los artículos 488 C.S.T. y 151 CPTSS, como quiera que la reclamación del derecho pensional se verificó el 30 de agosto de 2019 y la demanda fue presentada el 24 de febrero de 2020, como consta en el acta de reparto (fl. 31 archivo 01 expediente digital), es decir, sin que transcurriera el término trienal extintivo.

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

De ésta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos que fueron desfavorables a la UGPP, procediendo a confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de 24 de Agosto de 2021 (expediente digital – archivo 03.auto asume- señala fecha pdf.).

SIN COSTAS en esta instancia.

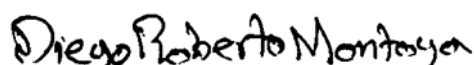
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

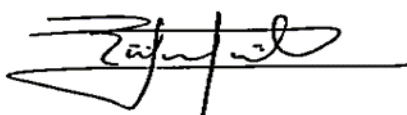
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

LA ANTERIOR SENTENCIA QUEDA LEGALMENTE NOTIFICADA A LAS PARTES.



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 MAURIX MANUEL
MARIN MARRIAGA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y la vinculada como interviniente ad
excludendum¹ ROSALBA CAMACHO (RAD. 05 2017 00397 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 MAURIX MARIN (fls. 4, 6 y 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, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES y de la tercera interviniente, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de abril del 2021 (*Acta y audio archivos 1 y 1, expediente digital*), en la que se resolvió (*Record: 1:41:06*):

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a pagar a favor del señor MAURIX MANUEL MARÍN MARRIAGA, una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del pensionado OBDULIO GALINDO CAMACHO, a partir del 18 de julio de 2014, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional. Las cuales deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial, el del mes en que se cause cada mesada, y, como IPC final, el del mes anterior en que se efectúe su pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones instauradas por MAURIX MANUEL MARÍN MARRIAGA.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora ROSALBA CAMACHO, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: SIN COSTAS para las partes.

QUINTO: en caso de que este fallo no fuera apelado consúltese favor de COLPENSIONES con el superior.”

¹ Por medio de auto del 17 de enero del 2019 –Archivo 1 expediente digital página 99- se dispuso su vinculación al tenor de lo dispuesto en el artículo 63 del C.G.P.

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 en favor de COLPENSIONES y de la tercera interviniente, 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 MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Archivo 1 expediente digital, páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en la página 1 ibídem, aspirando principalmente se reconozca y pague la sustitución pensional del causante OBDULIO GALINDO CAMACHO (q.e.p.d.) a partir del 17 de julio del 2014 en calidad de compañero permanente, junto con las mesadas adicionales, reajustes anuales, indexación de las mesadas, intereses moratorios y costas del proceso. Por su parte la interviniente ad excludendum señora ROSALBA CAMACHO formuló las pretensiones que se encuentran en la página 106 del archivo 1 expediente digital, bajo el sustento factico relatado en las páginas 105 y 106 del mismo archivo, aspirando el reconocimiento de la sustitución pensional en calidad de madre del causante, junto con las mesadas debidamente indexadas o ajustadas con base en el IPC, los intereses moratorios y las costas que surjan en el proceso.

De esta manera, se tiene que el señor MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se reconoció el derecho pensional en su favor, pues el a quo consideró haber acreditado la convivencia continua e ininterrumpida por más de cinco años anteriores a la muerte del señor OBDULIO GALINDO CAMACHO, apoyado en la sentencia del Juez de Familia que declaró la unión marital de hecho entre dicha pareja del 30 de julio del 2005 al 17 de julio del 2014, sumado al caudal probatorio tanto documental como testimonial que reafirmó dicha unión. Absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas por la señora ROSALBA CAMACHO por no haber probado dependencia económica respecto de su hijo fallecido.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada, así como también se analizara la procedencia del derecho en favor de la tercera interviniente señora ROSALBA CAMACHO. Conforme a lo anterior, de manera

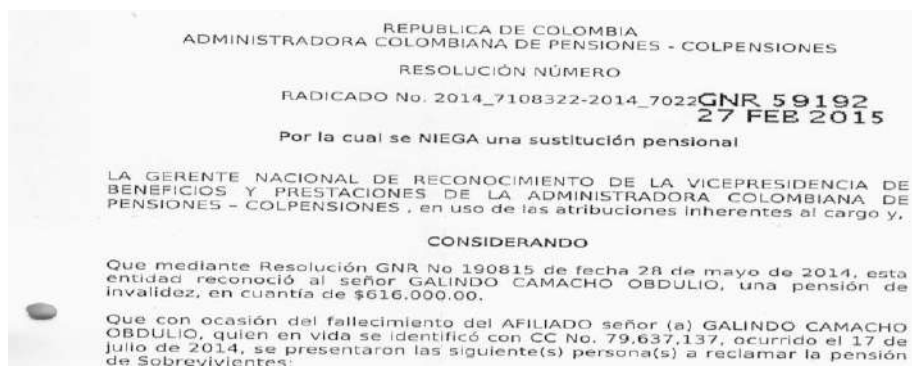
preliminar ha de señalarse, no son objeto del debate en el presente asunto, las conclusiones a las que arribó la Juez *a quo*, según las cuales:

i) El señor OBDULIO GALINDO CAMACHO, falleció el 17 de julio del 2014, conforme al Registro Civil de Defunción (*Archivo 1 expediente digital página 7*).

ii) OBDULIO GALINDO CAMACHO es hijo de la señora ROSALBACAMACHO conforme al registro civil de nacimiento (*Archivo 1 expediente digital, página 112*).

iii) Mediante Resolución GNR 190815 del 28 de mayo del 2014 COLPENSIONES le reconoció al de cujus una pensión de invalidez en cuantía de \$616.000 (*Archivo 1 expediente digital citada en la página 16*).

En este punto ha de precisar esta Corporación aun cuando el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor OBDULIO GALINDO CAMACHO tuvo su génesis en un fallo de tutela (*Expediente digital, archivo 3 expediente administrativo “GEN-ANX-CI-2014_1172716-20140212105452”*) que concedió al de cujus el derecho a la pensión de manera transitoria, tal punto no fue objeto de debate en esta litis, pues COLPENSIONES no centro su defensa frente a este aspecto, y menos aún negó el derecho a la sustitución pensional del actor por la transitoriedad de tal reconocimiento, sino por la existencia de un conflicto entre beneficiarios, iterando este tema ni tan siquiera fue puesto en consideración por parte de la enjuiciada en la contestación de la demanda, advirtiéndose en todo caso el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor GALINDO CAMACHO fue admitido por COLPENSIONES desde la contestación de la demanda cuando da respuesta al hecho No. 2 “*el causante precitado era pensionado por invalidez, pensión a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*” – - “*Es cierto, que el causante era pensionado por invalidez, pensión a cargo de COLPENSIONES*” y también en el acto administrativo que niega la sustitución pensional.



Así las cosas, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (17 de julio del 2014) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente

señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la misma².

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que el señor MAURIX MANUEL MARIN MARRIGA superaban los treinta años de edad³ en la fecha del fallecimiento del señor OBDULIO GALINDO CAMACHO, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cujus por lo menos durante 5 años anteriores a la data de su deceso, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones del interesado y frente al que se pronunció recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

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

*No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado.** Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:*

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

³Contaba con 38 años de edad pues nació el 12 de enero de 1977 (página 10 archivo 1 expediente digital).

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

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

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

De este modo, con el fin de verificar si en efecto se acreditó la convivencia alegada por el señor MARIN MARRIAGA con el de cujus, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se adosaron las siguientes: (expediente digital, Archivo 1.)

- Seguro exequial de Mapfre con fecha de expedición 28 de febrero del 2008 tomado por Obdulio Galindo Camacho (q.e.p.d.) y en el que se anota como cónyuge al señor Maurix Manuel Marín Marriaga. (página 25).
- Formulario de afiliación del causante a la caja de compensación familiar COMPENSAR radicado el 17 de marzo del 2010 donde se relaciona al demandante Maurix Marín como cónyuge o compañero permanente. (página 26).
- Resumen de historia clínica del fallecido expedida el 7 de abril del 2015 por la CLINICA MÉDERI, donde se describe “En diferentes ocasiones su pareja el señor MAURIX MARIN con cc 81783696, acudió como su red de apoyo, a sus citas médicas para reclamar formulas médicas, por ejemplo en el mes de enero -2012 paciente quien no asistió a cita y, hoy asiste su pareja el

señor MAURIX MARIN como red de apoyo por la formulación, en el mes de marzo de 2012 el paciente refiere que “vive actualmente con su pareja maurix marin con cc 81783696”, en octubre 2012 asiste MAURIX MARIN con cc 81783696, su red de apoyo, a reclamar formula, por limitación para asistir por posoperatorio de resección lipoma. Y quien refería estar ASINTOMATICO. (página 31).

- Acta de audiencia de instrucción y juzgamiento del Juzgado de Familia del Circuito de Soacha de fecha 28 de febrero del 2018, proceso 2015-670 “DECLARACION DE EXISTENCIA Y DISOLUCION DE LA UNION MARITAL DE HECHO” en donde se resolvió (páginas 76 y 77):

PRIMERO: *DECLARESE que los señores MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA, identificado con cédula de ciudadanía No. 8783696 y OBDULIO GALINDO CAMACHO, quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 79637137, conformaron UNIÓN MARITAL DE HECHO, la que perduro de manera estable y permanente, a partir del 30 de julio de 2005 hasta el 17 julio del año 2014, con fundamento en los argumentos jurídicos y fácticos que sustentan esta providencia.*

Por otro lado, se recepcionaron los testimonios de LUIS FERNANDO CASTILLO PULIDO⁴, GERMAN PACHON SALAMANCA⁵ y LUIS ANTONIO CHALA LOZANO⁶, amigos tanto del demandante MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA como del de Cujus OBDULIO GALINDO CAMACHO, quienes refirieron que la pareja sostenía una relación sentimental desde el año 2005 conviviendo juntos desde tal data en los sectores de Prado Veraniego y el Centro de esta ciudad, pues en dichos lugares fueron visitados por los testigos compartiendo diferentes reuniones de amistad, igualmente fueron coincidentes en comentar que la pareja de compañeros tenían un proyecto de vida en común pues tenían un local comercial -en el barrio Roma de la localidad de Kennedy- siendo administrado y atendido por ellos todos los días, precisaron que siempre estuvieron juntos hasta la data del fallecimiento del señor Obdulio Galindo y que quien estuvo acompañándolo en su enfermedad fue MAURIX MARIN, precisando los declarantes nunca hubo separación entre ellos pues siempre se mantuvo una relación de amor y ayuda mutua.

De tal manera, una vez escuchadas las declaraciones recién reseñadas, se puede corroborar que la pareja conformada por MAURIX MARIN y OBDULIO GALINDO (q.e.p.d.) convivieron desde el año 2005 sin ninguna clase de separación, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja, dado el vínculo de amistad que tenían.

⁴ Audiencia virtual 30 de abril del 2021, archivo 4, record: 12:42

⁵ Audiencia virtual 30 de abril del 2021, archivo 4, record: 53:04

⁶ Audiencia virtual 30 de abril del 2021, archivo 4, record: 1:03:24

Dichos que gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneos y coincidentes, además expusieron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas y sin ánimo de favorecer al extremo demandante.

De esta manera, analizada la prueba en conjunto (documental y testimonial), la Sala encuentra acreditado, que el compañero permanente MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, esto es, entre el 17 de julio de 2009 y el 17 de julio de 2014, nótese que incluso fue declarada judicialmente la unión marital de hecho entre la citada pareja desde el 30 de julio del año 2005, razón por la cual se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado en la misma cuantía que venía percibiendo el causante, junto con 13 mesadas al año dado que la pensión a sustituir se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011⁷ (Parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005) y en este punto se deberá confirmar la sentencia.

Respecto de las pretensiones de la tercera interviniente, baste con señalar acreditado el derecho en cabeza del compañero permanente del fallecido, no surge el derecho para su progenitora señora ROSALBA CAMACHO, por cuanto la presencia del compañero permanente la excluye como beneficiaria. Se confirma su absolución pero por estas razones.

Ahora, en lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (*página 49, archivo 1 expediente digital*)⁸, se advierte en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **17 de julio del 2014** fecha en que falleció el señor OBDULIO GALINDO CAMACHO, acudiendo el actor a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 29 de agosto del 2014⁹, petición a la cual no se accedió pues COLPENSIONES dispuso a través de la Resolución GNR 59192 del 27 de febrero del 2015 (*páginas 16 a 20, archivo 1 expediente digital*) negar la prestación, acudiendo el demandante ante la jurisdicción el **16 de junio del 2017** (*Acta reparto pagina 33, archivo 1 expediente digital*), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho y la interposición de la demanda NO transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales

⁷ Fue reconocida por Resolución GNR 190815 del 28 de mayo del 2014 COLPENSIONES (Archivo 1 expediente digital citada en la página 16).

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 5 de marzo del 2018, página 70 archivo 1 expediente digital.

⁹ Conforme se extrae del contenido de la Resolución GNR 59192 del 27 de febrero del 2015 (páginas 16 a 20, archivo 1 expediente digital)

causadas desde la fecha de fallecimiento del pensionado, NO se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, declarándose NO probada la excepción de prescripción, tal como lo dispuso el juez a quo.

En lo que hace a la condena al pago de indexación de las mesadas pensionales, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se causaron a partir del 18 de julio de 2017 (día siguiente al fallecimiento del causante), las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su causación y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, por lo que en este punto se confirmará la sentencia de primer grado.

Por otro lado, la Sala procede a concretar el valor del retroactivo que debe cancelar la enjuiciada desde el 18 de julio del 2014, toda vez que en primera instancia no se realizó, precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida. Es este orden, efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, se obtiene como valor a cancelar a la fecha de este fallo (28/02/2022) la suma de **\$77.036.650,33¹⁰**, se adiciona en este punto la sentencia.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹¹, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el consultado.

En los términos anteriores, la Sala procede la adición de la sentencia de primer grado en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose en lo demás.
Sin **COSTAS** en esta instancia.

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: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en los siguientes puntos:

A. CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de MAURIX MANUEL MARIN MARRIAGA la suma de **\$77.036.650,33** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 18 de julio del 2014 y el 28 de febrero del 2022, sin perjuicio de las mesadas que con posterioridad se causen,

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
18/07/14	31/12/14	\$ 616.000,00	6,43	\$ 3.962.933,3
01/01/15	31/12/15	\$ 644.350,00	13,00	\$ 8.376.550,0
01/01/16	31/12/16	\$ 689.455,00	13,00	\$ 8.962.915,0
01/01/17	31/12/17	\$ 737.717,00	13,00	\$ 9.590.321,0
01/01/18	31/12/18	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,0
01/01/19	31/12/19	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	28/02/22	\$ 1.000.000,00	2,00	\$ 2.000.000,0
Subtotal retroactivo				\$ 77.036.650,33

¹¹Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

“De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello”

B. AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAVIER AGUDELO
QUINTERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (05 2019 00756 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 17 a 19), y las demandadas COLPENSIONES (folios 4 a 9) y PORVENIR S.A. (folios 11 a 15), 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 5 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS grabación de la reunión”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: PRIMERO (sic), DECLARAR la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor JAVIER AGUDELO QUINTERO a través de PORVENIR S.A.

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

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A únicamente 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso de que este fallo no fue apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque, señalando, esa entidad no tuvo injerencia en la decisión de cambio de régimen tomada por el demandante; la decisión del juez a quo afecta a la entidad descapitalizándola. Hizo énfasis en que la AFP demandada faltó al deber de información y de asesorar al demandante; por ello debía ser el fondo privado y no COLPENSIONES quien tenga a cargo el estudio del derecho pensional del actor. Recabó, esa entidad se encuentra vinculada al proceso de forma residual y por tanto las consecuencias de la nulidad de la afiliación no pueden recaer sobre ella, cuando quien incumplió sus deberes fue el fondo privado.

Refirió, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se garantice por parte de la AFP demandada, el reintegro de la totalidad de la cotización, porque COLPENSIONES no puede verse favorecido ni perjudicado con esta decisión judicial¹ (*archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS grabación de la reunión”, record 29:35 expediente digital*).

¹ “**Apoderada COLPENSIONES (29:37): Gracias**, su Señoría me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral. Teniendo en cuenta lo ya sustentado dentro de mis alegatos de conclusión, al igual reiterando que mi representada no tuvo injerencia alguna a la decisión tomada por el señor JAVIER AGUDELO AGUDELO, con relación al traslado realizado y se ha evidenciado por parte de COLPENSIONES que estaría afectando los intereses de mí representa y la descapitalización del fondo poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral si han realizado los aportes bajo el régimen de prima media. Esto sustento bajo la sentencia T 489 del 2010.

Al igual honorable magistrado, solicitó con todo respeto, se estudia a fondo, pues el el fallo indicado primera instancia, teniendo en cuenta que se declara la nulidad del traslado de régimen por falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, como se pudo probar, no fue clara, precisa y comprensible al momento del asesoramiento al demandante. Al igual observa que por parte del AFP se falló en el deber de la oportunidad al no asesorar a los actores en relación a la prohibición legal, toda vez que está en cabeza a los fondos privados el brindar ese asesoramiento en relación a integrar bajo que régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión así las cosas, honorable magistrado debería ser el fondo privado quien asuma el estudio del reconocimiento personal bajo los mismos parámetros que ofrece el régimen de prima media administrada por mi representada COLPENSIONES.

Con lo anterior, solicito se tenga en cuenta que mi representa se encuentra vinculada al presente proceso de una forma residual, puesto que declarase la nulidad de la afiliación, efectuada ante el régimen de ahorro individual, tal efecto no puede ser indilgado a mi representada, máxime cuando a quien la asistió a la obligación de brindar una información veraz y oportuna era a los fondos

El apoderado de PORVENIR S.A. también apeló la decisión del a quo. En este sentido refirió, en la parte motiva de la sentencia atacada no se hace claridad, respeto a qué tipo de nulidad está declarando, teniendo en cuenta que tanto la nulidad relativa como absoluta generan la ineficacia en sentido amplio; que la nulidad relativa solo puede ser declarada por el juez a petición de parte y por tanto la declaración de primera instancia desborda las capacidades del juez y va en contravía del ordenamiento jurídico, como lo establece el artículo 1743 del Código Civil. Estimó, en la parte motiva se hace referencia al error como vicio de consentimiento, sin embargo se dejó claro en qué tipo de error se incurrió.

Señaló, el juez inobservó el principio de carga dinámica de la prueba y reclamó todo el despliegue probatorio de parte de esa AFP. Finalmente refirió que como COLPENSIONES también fue vencida en el juicio, debería igualmente responder por las agencias den derecho y no únicamente PORVENIR, porque se desvanece la figura objetiva del artículo 365 del CGP² (*archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS grabación de la reunión”, record 32:42 expediente digital*).

privados en el momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al Instituto de Seguros Sociales.

Al igual, solicito se tenga en cuenta o se señale, que de ser confirmará la sentencia está y teniendo en cuenta ya la responsabilidad profesional y directa que es la que recae sobre la AFP está deben garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, esto siendo todos los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de Garantía pensional mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración. Pues esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Por último honorable magistrado, ruego se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebro el autor del fondo privado y los actos jurídicos en principio tienen efectos Inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada mi representada no puede ser favorecido ni perjudicado con dicha decisión.

De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando los honorables magistrados se revoca su totalidad el fallo de primera instancia. Muchas gracias, muchas gracias Señoría”.

² “**Apoderado PORVENIR (32:42):** Muchas gracias señoría siendo esta oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir por el despacho. En ese orden de ideas Señores magistrados me permito argumentar mi recurso de apelación en los siguientes reparos en concreto.

No se comparte la decisión del despacho, declarar la nulidad del traslado establecido o acaecida con mi representada en el año 2000, ni se comparte esa consecuencia jurídica de trasladar los dineros propiamente hablando. Lo anterior, señores magistrados con la decisión del despacho declarar la nulidad se están cumpliendo el ordenamiento jurídico, en primer lugar, señores Magistrados, porque no se deja claridad dentro de la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive de la sentencia a qué tipo de nulidad estamos declarando y a lo establecido en la Corte Constitucional, en la sentencia C 342, que establece que tanto la nulidad relativa como la nulidad

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 4 y 5 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 4 a 6, ibídem*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación efectuada con la AFP PORVENIR S.A., por indebida, incompleta y engañosa información suministrada al demandante al momento de la afiliación, se declare

absoluta generan la ineficacia en sentido amplio. Sin embargo, son figuras completamente diferentes y en ese sentido se está incumpliendo señores magistrados, en la parte motiva de la sentencia, estableció en el artículo 1743 del Código Civil, que dice, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto, sino a pedimento de la parte en ninguna parte del escrito de demanda señores magistrados, se establece o sea, está solicitando la nulidad relativa del acto de afiliación y, por tanto, esta situación desborda las capacidades del juez y va en contra del ordenamiento jurídico, como ya se estableció en el artículo 1743.

Es importante también resaltar que en la parte motiva de la sentencia se asegura que existió un vicio en el consentimiento, como es el error, sin embargo, tampoco en la parte motiva de la sentencia se deja claridad sobre qué tipo de error se incurrió, si fue sobre un error sobre la especie del acto del objeto o sobre la calidad del objeto o sobre la persona y en este caso de haberse incurrido en un error al ser toda la relación contractual normada por decreto, si por la norma se incurre en un error de derecho y vicia el consentimiento en ese sentido no podría haber lugar a declarar la ineficacia en sentido estricto.

También se incumple lo establecido en el artículo 167 del Código General del proceso, señores magistrados, toda vez que dentro de la parte motiva de la sentencia se asegura la carga dinámica de la prueba sin embargo, dentro del proceso no hay una decisión como lo ordena el artículo 167, que hable de establecer esta carga dinámica de la prueba y ya lo ha dicho la Corte Constitucional en el sentido de que imponer al juez la obligación de ir en todos los eventos a la carga dinámica de la prueba desconocería la la forma ponderada de esta carga dinámica de la prueba, y al automatizar esta carga dinámica lo prueba, también se incumple este principio general del Derecho.

Por último, señores magistrados y sobre la condena en costas, la condena propiamente, no, el valor de las agencias en derecho, que se apelará en otro momento, pues también señores magistrados, se tiene en cuenta que aquí COLPENSIONES también fue vencida en juicio y en ese sentido tendría que estar COLPENSIONES en obligación también de responder por estas agencias en derecho. Pues las agencias en las costas y las agencias del Derecho no es de un obrar temerario, de mala fe o siquiera culpable, es la parte demandante, lo hecho en la Corte Constitucional, en sentencia C157 del 2017 y por tanto, al establecer que se condena en costas a mi representada y no COLPENSIONES, que también fue vencida en juicio, pues esta condena se está estableciendo como una indemnización o una sanción en contra de mi representada lo que lo que dibuja perdón lo que desdibuja la figura objetiva del artículo 365, en ese orden de ideas, el magistrado solicitó de manera muy respetuosa, se permiten revocar en su totalidad la sentencia acabada de proferir por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada todas y cada una de las pretensiones, muchas gracias”.

para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliado al RAIS; se condene a COLPENSIONES a inscribirlo como afiliado al Régimen de Prima Media; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR S.A. y ordenando a dicha administradora a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de marzo de 1965 (*Páginas 23 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de septiembre de 2019 (*Páginas 44 a 47 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital*), y ante PORVENIR S.A.

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

el día 29 de agosto de 2019 (*Páginas 40 a 42 ibidem*), esto es, cuando le faltaban ocho años para alcanzar la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 90.72 semanas las cotizadas al sistema (*archivo “002.Exp. Admitivo, 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 **13 de abril de 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de 2000** (*Páginas 24 y 25 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en la certificación expedida por PORVENIR S.A. y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 2011⁵, 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad,

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la

perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte

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

(…).

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el ISS se iba a acabar, que iba a perder la pensión y la mejor opción era pasarse a Porvenir, empero no le fue informado respecto a la cuenta de ahorro individual, rendimientos u otras características del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 24 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y

⁶ Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 06:19 *archivo “003. Audiencia art. 77 y 80 del CPTSS proceso ordinario No. 11001 31 05 005 2019 00756 00-Grabación de la reunión”, expediente digital*”

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

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

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 318 a 320 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.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.

Aquí también debe resaltar esta Sala, para la época de traslado estaba vigente el deber de información, porque este 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:

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2000 cuando se produjo el traslado del 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 (13 de abril de 2000, efectivo el 01 de junio de 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido

señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (Página 228 archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital),⁷ 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 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***

⁷ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 11 de febrero de 2021, archivo “001. 11001 31 05 005 2019 00756 00.pdf, expediente digital),

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 último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

En otra arista, se advierte 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.

Finalmente, frente al punto de apelación de la demandada PORVENIR S.A. relacionado con la condena en costas, advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que la Administradora Porvenir S.A., no es la llamada a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada Colpensiones, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA
GOMEZ ACEVEDO CONTRA COLPENSIONES y la SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. (RAD. 05 2020 00084 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ como apoderada sustituta de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA en su calidad de representante legal de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S (folio 6).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR y COLPENSIONES (fls.4, 5, 14 y 15), 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 desatar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

pasado 8 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 33:39, audio archivo No. 3, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizada por la señora MARTHA SILVIA GOMEZ ACEVEDO, a través de PORVENIR S.A. Ordenar a PORVENIR S.A a que trasladen a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses. Y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante a procediendo a actualizar su historial laboral.

TERCERO (sic): Costas a cargo de PORVENIR S.A únicamente, 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado consúltese a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de apelación, señalando la demandante se encuentra dentro del sistema general de pensiones catalogada como un consumidor financiero y, por lo tanto, ostenta no solo derechos sino también obligaciones las cuales debe acreditar su cumplimiento, durante todo el término en que subsista el vínculo contractual suscrito con su respectiva AFP, obligaciones que se encuentran dispuestas en el decreto único 2555 de 2010, precisando el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual se realizó con plena voluntad del cotizante, quien, por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar dicho traslado.

Menciona la solicitud de traslado al RPM se presentó ante COLPENSIONES, el día 28 diciembre 2019, contando la demandante para esa data con 57 años de edad, esto es, ya había cumplió la edad requerida para adquirir el status de pensionada, aunado a que no cuentan con los 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, pues la demandante no cotizó la densidad de semanas requeridas.

Por otro lado, menciona las proyecciones pensionales no son prueba útil para demostrar un eventual vicio del consentimiento, al momento que decidió su traslado, argumentando las características, condiciones y modalidades pensionales de este régimen de ahorro individual, están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su

promulgación por tanto, no es dable alegarla como excusa, a base de lo que prevé el artículo 9 del Código Civil. (Audio Archivo 3, record: 34:31)¹

¹ “Si su señoría muchas gracias, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar el siguiente recurso apelación en base (sic) a los siguientes argumentos, teniendo en cuenta la aclaración que hizo su Señoría, en base (sic) a los regímenes, lo presentó de la siguiente manera.

La demandante se encuentra dentro del sistema general de pensiones catalogado como un consumidor financiero y, por lo tanto, ostenta no solo derechos sino también obligaciones de los cuales deberá acreditar un cumplimiento, durante todo el término en que subsiste el vínculo contractual suscrito con su respectiva AFP, tales obligaciones se encuentran dispuestas en el decreto único 2555 de 2010, mediante el cual se agrupaban las normas en materia del sector financiero asegurado, asegurador y en el mercado de Valores, en cuyo artículo 2.6. 10.1.4, señala lo siguiente, en el numeral 1, “informarse adecuadamente las condiciones del sistema general en pensiones del nuevo sistema de gestión de multi fondos y de las diferentes modalidades de pensiones”, numeral 5 “las decisiones que se tomen dentro del sistema de pensiones manifestado a través de documentos firmados o de otros medios idóneos, autorizados para implicar a la aceptación de los efectos legales, costas, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas”.

Para el caso en particular que traslado de régimen de prima media al de ahorro individual se realizó con plena voluntad de cotizante, quien, por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar dicho traslado. Además, el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, el artículo 1 del Decreto 3800 2013 limitó este hecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvó los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservarían el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

Ahora bien, sobre la constitucionalidad de las anteriores restricciones, se pronuncia la Corte Constitucional en la sentencia C 1024 de 2004, cuyo contenido reprodujo lo pertinente a las sentencias C062 de 2010., en dicho fallo, manifestó: “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo decadencia en la norma acusada, consisten en evitar la capitalización del fondo común del régimen solidario de Prima media, que se producirá si se permitirá que las personas que no han contribuido al Fondo común y que por lo mismo, no fueron tenidas en consideración la relación de calculatoria para determinar las sumas que representan el futuro, el pago de su pensión y su reajuste económico, pudiese trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez. Lo que construiría a desfinanciar el sistema, por ende, ponen en riesgo la garantía de derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”.

Asimismo, se tiene que ir a la solicitud de traslado al RPM se presentó ante COLPENSIONES, el día 28 diciembre 2019, y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para dicha data contaba con 57 años de edad comprendiéndose así que la demandante ya cumplió la edad requerida para adquirir el status de pensionada, dada que no cuentan con los 15 años de cotizaciones para el 1 de 1994, pues la demandante no cotizó la semana, densidad de semanas cotizadas. Este argumento se encuentra en consonancia con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia ST 108225 con número de radicado 47528.

Ahora bien, no se puede tener como cierto que la falta de información se basó que la AFP demandada no realiza una proyección la señora MARTHA CECILIA GÓMEZ ACEVEDO al momento de su traslado, por lo que le solicito su señoría se tenga en cuenta que las proyecciones pensionales no son prueba útil para demostrar un eventual vicio del consentimiento, al momento que decidió su traslado dentro de las opciones que la ley le daba.

Por otra parte, observando que la demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se explican las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, debe precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales una vez propia de este régimen, están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación por tanto, no es dable alegarla como excusa, a base de lo que prevé el artículo 9 del Código Civil.

En lo anterior solicitó al Honorable Tribunal, se revoque la sentencia que fija y de esta manera presentó el recurso. Su señoría muchas gracias.”

Por su parte PORVENIR, se aparta de la decisión de primer grado, considerando la vinculación con esa AFP fue válida y eficaz para el año 1997, afirmando el formulario de vinculación era el único documento que se requería para esta filiación o traslado régimen pensional, el cual se diligenciaba con posterioridad a recibir la asesoría verbal por parte de su representada. Considera no hubo ninguna distorsión del consentimiento o una indebida información, en el sentido que PORVENIR cumplió con ese deber de información en esa primera fase de este deber, para el año 1997.

Reitera el hecho de que se solicite o se requiera otras pruebas diferentes a las que se allegan, es contradictorio frente a la fecha en que se realizó este traslado del régimen pensional por el año 1997, pues era precario, este deber de información en comparación al que tenemos hoy en día, y en esa medida sostiene no pueden ser exigidos deberes que nacieron con posterioridad u otro tipo de pruebas para demostrar que si se brindó la asesoría y que la persona decidió trasladarse de régimen personal conforme a la asesoría realizada.

Finalmente señala, la solicitud de nulidad pretendida con la demanda y su traslado a COLPENSIONES no es por la presunta falta del deber de información, sino por lo concerniente a su mesada pensional, señalando esa situación no es suficiente para determinar una nulidad, puse se recuerda incluso que para esa época no era posible determinar si la actora iba a lograr o no una mesada pensional, y como le faltaban muchos años de cotización se desconocía la densidad de cotizaciones que iba a tener como también la tasa de reemplazo a utilizar, solicitando se revoque el fallo. (*Audio Archivo 3, record: 38:28²*)

² “Si su Señoría, estando en esta oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá. Apartándome manera integral en lo dispuesto y para eso expongo lo siguiente.

En primera medida respecto a la declaratoria, pues de nulidad vale indicar que pues esta vinculación con PORVENIR fue válida y eficaz, la demandante se vinculó para el año 1997, con mi representada, afirmando pues para ello el respeto, formulario de vinculación, el cual pues era el único documento que se requería para la fecha para ser válidamente, pues esta filiación o traslado régimen pensional. Situación pues que se realizaba con posterioridad a recibir la asesoría verbal por parte de mi representada.

Ahora bien, si bien el deber de información, pues existido desde los inicios de las administradoras, pues téngase que dicho deber, pues ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial de manera progresiva, se ha incrementado a lo largo de los años, todas las exigencias impuestas. Sin embargo, mi representada considera que, pues en esta en esta vinculación con PORVENIR no hubo ninguna distorsión del consentimiento o una indebida información por parte de mi representada, en el sentido que PORVENIR, pues cumplió con ese deber de información en esa primera fase de este deber, para el año 1997.

La actora recibió pues información respecto al régimen y pues así la llevó el convencimiento pues de firmar este formulario de afiliación, decisión que no pudo haberse dado sino haber recibido, pues esta información,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARTHA CECILIA GOMEZ ACEVEDO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 1 expediente digital, páginas 10 y 11*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente digital, páginas 6 a 10*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual efectuada a través de PORVENIR, en consecuencia se ordene a dicha AFP proceda a trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás dineros a su favor, igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada y beneficiaria del RPM expidiendo las certificaciones correspondientes y recibiendo los aportes y rendimientos a que hubiere lugar, derechos *ultra y extra petita*, costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS, ordenando a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo actualizar su historia laboral.

decisión que se mantuvo pues en el tiempo, con todos los años de cotización y pues siendo vinculado con mi representado. Por lo que PORVENIR pues insiste en que el hecho de que se solicite o se requiera otras pruebas diferentes a las que se allegan, pues eso no resulta, pues, es contradictorio referente pues a la fecha en que se realizó este traslado del régimen pensional por el año 1997, no debe ser exigido para la época, pues otro tipo de deber, otro tipo de situaciones cuando para dicho momento porque era limitado y pues era precario, este deber de información en comparación al que tenemos hoy en día, porque por lo que pues en aras de principio retroactiva de la norma, pues no puede ser exigidos deberes que nacieron con posterioridad, pues en la afiliación de la demandante o que se solicite otro tipo de pruebas para demostrar que si se brindó, pues la asesoría y que la persona pues decidió trasladarse de régimen personal conforme a la asesoría realizada.

Por lo anterior se insiste que pues por haber existido este acto jurídico, que verso la voluntad de la demandante, solicito se respete la voluntad de las partes y que si se le dé pues el valor probatorio que merece. El juez de primera instancia, pues manifiesta que no se cuenta con todas las pruebas de la asesoría, que no se haya realizado la debida asesoría, conforme a los parámetros que ha venido señalando la Corte Suprema. Pero téngase que es una situación que no estaba reglado para el año 1997, las asesorías se hacían de manera verbal y pues la prueba del cumplimiento, pues el formulario.

Ahora también, pues claro, en este proceso y conforme al interrogatorio de parte, que aquí la solicitud de nulidad lo pretendido con la demanda y su traslado a COLPENSIONES no es por la presunta falta del deber de información, sino pues quedó claro que es concerniente a su mesada pensional, como la actora lo señaló. Qué pues se encontraba inconforme con este valor y pues por eso, pues decide instaurar este tipo de demandas, pero obténgase que esta situación no es suficiente para determinar una nulidad, puede se recuerda incluso que para esa época no era posible determinar si la actora pues iba a lograr o no pues una mesada pensional, y cuando le faltaban muchos años de cotización y se desconocía, pues la densidad de cotizaciones que iba a tenerse, desconocían la tasa de reemplazo que se utiliza para el momento en que se hiciera efectivo este traslado de este, el reconocimiento pensional. Por lo anterior, entonces les solicitó señores magistrados, por lo expuesto, revocar el presente fallo muchas gracias.”

El a quo fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la nulidad del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se probó.

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

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento de la actora el 5 de enero de 1962 (*Archivo 1, expediente digital página 272*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado por primera mediante la petición elevada ante PORVENIR y ante COLPENSIONES el 28 de noviembre del 2019 (*Archivo 1, expediente digital páginas 42 a 45 y 48 a 50*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 57 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 69.28 semanas de servicios prestados a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Cámara de Representantes⁴, que corresponden a 1 año, 2 meses y 20 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789

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

⁴ Expediente digital. Archivo No. 1, página 59 Historia Laboral expedida por PORVENIR.

de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- la carga pensional se encontraba a cargo del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO, dado que el empleador de la actora para esa época era la CAMARA DE REPRESENTANTES. Sin embargo y aunque según el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES (*Archivo 1 expediente digital, página 127*), la actora no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994⁵, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.⁶

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

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

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

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

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

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

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

En consonancia con lo anterior, no queda duda que dada su calidad de servidora pública activa, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, dada la ausencia de selección individual de régimen, la actora se entendió incorporada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a PORVENIR el 10 de marzo de 1997 (*Archivo 1 expediente digital, pagina 233*) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

Por otra parte, se precisa, teniendo en cuenta que se encontró acreditada la calidad de servidora pública de la demandante al encontrarse vinculada con la FISCALIA GENERAL DE LA NACION (*Archivo 1 expediente digital, página 267*) y como quiera que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, advirtiendo que la eventual petición encaminada al reconocimiento y pago de una pensión, deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **10 de marzo de 1997 con fecha de efectividad 11 de marzo de 1997**⁸, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

⁷ Sentencia SL2817 de 2019.

⁸ Expediente digital. Archivo No. 1 Reporte SIAFP página 228 y formulario de vinculación a PORVENIR pág. 233.

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 tunc⁹, 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.

Así pues, 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

⁹ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales.

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

¹⁰ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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

“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.

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la hoy accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, 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 demandante¹¹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que para el año 1997 cuando se fue a vincular con la PERSONERÍA DE BOGOTÁ. un asesor de PORVENIR se le acercó promocionando la afiliación al RAIS enfatizando sus argumentos en las supuestas ventajas de ese régimen pensional como la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana, aunado al hecho de la inminente quiebra del ISS, y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR¹², este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada

¹¹ Audiencia virtual realizada el 8 de octubre de 2021, audio No. 3, minuto 8:35 expediente digital.

¹² Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 233, Archivo 1 expediente digital.

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-10 de marzo de 1997-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a la potencial 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 (10 de marzo de 1997¹³), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado.

¹³ Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 233, archivo 1 expediente digital.

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación de PROVENIR, 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 demandante no haya mantenido el beneficio de la transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (10 de marzo de 1997 con fecha de efectividad el 11 de marzo de 1997), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Consecuente a lo anterior también es procedente ordenar el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso el a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en relación 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, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos

los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la actora.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹⁴ (*Archivo 1, expediente digital, pagina 104*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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, ha señalado 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

¹⁴ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 30 de junio del 2021, archivo No. 9.

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá en numeral **PRIMERO** para establecer que las **consecuencias** de la

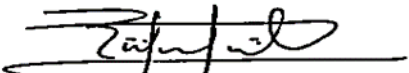
omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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 MARÍA LUCRECIA GONZÁLEZ CHALA CONTRA COLFONDOS S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 05 2020 00191 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS en su calidad de representante legal de la firma NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS SAS (fls. 9 y 10).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la DEMANDANTE (fl. 4) y COLPENSIONES (fl. 6 y 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:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 13 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 36:25, archivo*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual realizado por la señora MARÍA LUCRECIA GONZÁLEZ CHALA a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

TERCERO: SIN COSTAS en este proceso.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSULTESE a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló, señalando se debe condenar en costas a COLFONDOS, ya que este fondo hizo funcionar el aparato judicial, generando un desgaste para las partes y así mismo para la justicia.

Por otro lado, señala que la demandante subsano cualquier vicio del consentimiento por permanecer en el tiempo en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto asegura es válida su afiliación y no habría lugar a que se realice su retorno al régimen de prima media y más cuando esta ya está inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la ley 797 de 2003, aunado a no existir ni error, ni fuerza, ni dolo cuando esta aceptó las condiciones mismas del fondo privado al cual estaba perteneciendo, precisando en el interrogatorio de parte, la actora adujo que se trasladó de manera libre y voluntaria, y por lo tanto, al momento de permanecer en el tiempo pues no habría lugar a que se declare la nulidad del traslado.

Finalmente, aduce que al declararse la nulidad del traslado de régimen pensional, se estaría en contravía del principio de la sostenibilidad financiera, establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que al recibir a la demandante como afiliada se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social, en tanto se está financiando la prestación con los dineros de las personas que si han permanecido en el mismo, dejando en desventaja a las personas que están en igualdad de condición que la demandante, esto es que cumplen los requisitos de edad y tiempo para pensionarse.

Por lo anterior, solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 37:15*).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (carpeta *expediente unificado*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (carpeta *expediente unificado*), aspirando se declare ineficaz su afiliación a COLFONDOS, por ende se declare vigente la afiliación al régimen de prima media sin solución de continuidad, se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1° de mayo del 2002, junto con los rendimientos

¹**Apoderada COLPENSIONES (37:15):** Muchas gracias su señoría en el término que me asiste le solicito, me interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Despacho para que el Tribunal Superior de Bogotá la estudie, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

En primer lugar, si bien es cierto que COLFONDOS se allanó a todas las pretensiones se debe indicar, se debe condenar en costas a la misma ya que este, ya que este fondo hizo funcionar el aparato judicial, generando un desgaste para esta parte y así mismo para la justicia, entonces habría lugar a condenar en costas porque si se allanó a las pretensiones, debió aceptar el traslado de la demandante cuando esta lo solicitó en su momento.

Por otro lado, si así mismo como se evidencia que COLFONDOS se allanó pues la demandante, lo que se evidencia en este caso es que la demandante subsano cualquier vicio del consentimiento por permanecer en el tiempo en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, es válida su afiliación y no habría lugar a que se realice su retorno al régimen de prima media y más cuando esta ya está inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la ley 797 de 2003.

Así mismo, de lo que se desprende del interrogatorio de parte pues esta no, lo que se evidencia no existió ni error, ni fuerza, ni dolo cuando esta acepto las condiciones mismas del fondo privado al cual estaba perteneciendo y ella misma lo manifiesta en el interrogatorio de parte, ella lo hizo de manera libre y voluntaria, y por lo tanto, al momento de permanecer en el tiempo pues no habría lugar a que se declare la nulidad del traslado.

En cuanto al retorno al régimen de prima media, como ya lo había manifestado pues al declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, pues se estaría en contravía del principio de la sostenibilidad financiera, establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia de la sentencia C1024 del 2004. Puesto que al recibir a la demandante como afiliada pues estaría descapitalizando el sistema de seguridad social, si bien se reciben todos los aportes, frutos, y todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a futuro pues para COLPENSIONES no es rentable y tampoco pues es beneficioso para las personas que si permanecieron en este régimen que están en igualdad de condiciones que la demandante para pensionarse, pues se estaría financiando la prestación con los dineros de las personas que si han permanecido en el mismo, dejando en desventaja entonces a las personas que como ya lo indique están en igualdad de condición que la demandante, esto es que cumplen los requisitos de edad y tiempo para pensionarse. Así mismo, se estaría dejando en desventaja a las personas que en la actualidad están aportando a este régimen y entonces pues se estaría descapitalizando el sistema de seguridad social. Por lo tanto, solicito al Tribunal Superior se revoque en su integridad la sentencia que fue emitida por el despacho y así mismo se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones.”

que se han generado, costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver a COLPENSIONES las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de abril de 1961 (*página 23 expediente unificado*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 11 de marzo del 2020 (*páginas 42 y 49 expediente unificado*), esto es, cuando ya había adquirido la edad para obtener el derecho pensional -tenía 58 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, apenas

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

alcanzaba 508,01 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 9,7 años (*página 171 expediente unificado*), 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 **1° de marzo del 2002** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo del 2002**, (*páginas 73 y 74 expediente unificado*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y consulta SIAFF allegados por la misma administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia

jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de

instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de 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.

más 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 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 al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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..

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un asesor lo visitó en su sitio de trabajo, le informó que iban a cerrar el ISS y entonces debía trasladarse a un fondo privado. Señaló que Colfondos no le efectuó proyecciones de su prestación, ni le informó con cuanto capital podría pensionarse ni le explico sobre el derecho al retracto.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*página 73 expediente unificado*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de

⁵ Audiencia del 13 de agosto de 2021, récord 11:58.

manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (1° de marzo del 2002, efectivo el 1° de mayo del 2002), 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.

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

En lo relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, *(páginas 147 y 148 expediente unificado)*⁶ -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

⁶ Por auto del 12 de julio de 2021 se tuvo por contestada la demanda (páginas 183 y 184 expediente unificado).

las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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, hace inoperante dicho fenómeno extintivo. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

Por otro lado, se advierte a Colpensiones en relación con sus argumentos de alzada 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.

Finalmente, frente al punto de apelación relacionado con la condena en costas a COLFONDOS S.A., advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que COLPENSIONES, no es la llamada a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada COLFONDOS, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

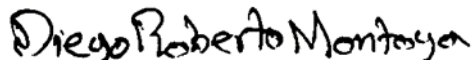
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá en numeral PRIMERO para establecer que las **consecuencias** de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

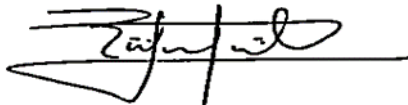
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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 JOSÉ DANIEL COBOS
TEQUIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (05 2020 00365 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 (folio 11), y la demandada COLPENSIONES (folios 4 a 8), 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 9 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS grabación de la reunión”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor JOSE DANIEL COBOS TEQUIA a través de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso de que este fallo no sea apelado consúltese en favor de COLPENSIONES”.

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque, señalando, esa entidad no tuvo injerencia en la decisión de cambio de régimen tomada por el demandante; la decisión del juez a quo afecta a la entidad descapitalizándola. Hizo énfasis en que la AFP demandada faltó al

deber de información y de asesorar al demandante; por ello debía ser el fondo privado y no COLPENSIONES quien tenga a cargo el estudio del derecho pensional del actor, bajo los mismos parámetros del régimen de prima media . Recabó, esa entidad se encuentra vinculada al proceso de forma residual y por tanto las consecuencias de la nulidad de la afiliación no pueden recaer sobre ella, cuando quien incumplió sus deberes fue el fondo privado.

Refirió, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se garantice por parte de la AFP demandada, el reintegro de la totalidad de la cotización, porque COLPENSIONES no puede verse favorecido ni perjudicado con esta decisión judicial¹ (*archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS grabación de la reunión”, record 25:41 expediente digital*).

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

¹ **“Apoderada COLPENSIONES (25:41):** Gracias su señoría, si me permite interponer con el recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, ya teniendo en cuenta los tantos de mis alegatos de conclusión, al igual reiterando que mi representada no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por el señor en relación al traslado realizado al fondo privado, al igual Honorable magistrado, solicitó con todo respeto, pues estudia fondo lo señalado en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que se declara la nulidad del traslado de régimen, por falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, como se puede probar y claramente, como lo acepta el fondo privado, no fue clara, precisa y comprensible al momento de asesoramiento al demandante se observa que AFP al igual fallo en el deber de la oportunidad de asesorar a la altura en relación a la prohibición legal, toda vez que está en cabeza al fondo privado, en brindar ese asesoramiento para indagar bajo qué régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Así las cosas, honorable magistrado debería ser los fondos quien asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media administrada por mi representada COLPENSIONES.

Al igual que no solicito a los Honorables Magistrados teniendo en cuenta lo anterior y que mi representada se encuentra vinculado el presente proceso de forma residual, puesto que declararse la nulidad de la afiliación efectúa el régimen de ahorro individual, tal efecto no puede ser indagado a COLPENSIONES máximas en cuando a quienes les asistía a la obligación de brindar una información de veraz y oportuna de los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

Al igual, solicitó ante los honorables magistrados que se confirma la sentencia, teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa recae sobre las AFP en esta de garantizar el reintegro de la totalidad de cotización son los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, los rendimientos bonos, bonos pensionales seguros previsionales en contra de administración, esto con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Por último, ruego se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, todas con pensiones es un en el acto jurídico que celebró el actual fondo privado y los actos jurídicos en principio tienen efectos Inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada, mi representada no puede ser favorecida en perjudicada con dicha decisión. De esta forma de sustento del recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia. Muchas gracias, Señoría”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (**Páginas 5 y 6 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital**) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**páginas 3 a 5, ibídem**), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación efectuada con la AFP COLFONDOS S.A., por indebida, incompleta y engañosa información suministrada al demandante al momento de la afiliación, se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliado al RAIS; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales a que hubiera lugar, gastos de administración y comisiones; se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante y a recibir la totalidad de los aportes, rendimientos y bonos que le transfiera COLFONDOS S.A., lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLFONDOS S.A. y ordenando a dicha administradora a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS 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 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de junio de 1958 (*Página 173 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 1° de octubre de 2020 (*Página 102, 103 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital*), y ante COLFONDOS S.A. el día 21 de agosto de 2020 (*Páginas 99 Y 100 ibidem*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para alcanzar 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 229.71 semanas las cotizadas al sistema (*archivo “002.Exp. Admitivo, expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de noviembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1999** (*Páginas 262 y 263 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación emitida por ASOFONDOS.

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

le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

En 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*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

³ 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 COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso

reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de 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.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el ISS se iba a acabar, empero no le fue informado respecto a la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales u otras características del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (*Página 263 archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, para la época de traslado estaba vigente el deber de información, porque este 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

⁵ Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 07:10 *archivo “003. Audiencia art. 77 y 80 del CPTSS proceso ordinario No. 11001 31 05 005 2020 00365 00-Grabación de la reunión”, expediente digital*”

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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (12 de noviembre de 1998, efectivo el 01 de enero de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral primero de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento

del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (*Página 307 archivo "001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente*

digital),⁶ 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 las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

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

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 22 de octubre de 2021, *archivo “001. 11001 31 05 005 2020 00365 00.pdf, expediente digital*),

pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

En otra arista, se advierte 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.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

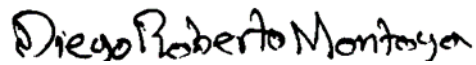
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

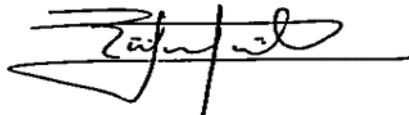
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

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 JOSE ALVARO RODRIGUEZ YEPES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y LOS VINCULADOS¹ MARIA CONCEPCIÓN MORA DE RAMOS Y ALFONSO RAMOS LADINO (RAD. 06 2017 00701 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 (fls. 601 a 603) y COLPENSIONES (fl. 600), 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 recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de septiembre de 2021 (*Audio cd. folio 596 record 20:49*):

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda. En igual forma se absuelve a los demandados ALFONSO RAMOS LADINO y MARIA CONCEPCIÓN MORA DE RAMOS, de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora. Se fija la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpone recurso de apelación manifestando que la juez pasó por alto lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia en sentencias 1706 de 2021 y SL 6519, donde se analizan el tema frente a parejas del mismo sexo. Allí la Corte señaló se debe analizar cada caso de manera individual verificando las diferentes circunstancias sociales. Estimó, la decisión de la juez a quo es parcializada a favor de los padres del causante. A su juicio es una decisión injusta ya que se basó en hechos que no correspondieron a la verdad.

¹ Por medio de auto proferido en audiencia de 20 de septiembre de 2018 (fl. 455)- se dispuso su vinculación.

Refirió, las versiones dadas por los demandados o vinculados no son ciertas; consideró el interrogatorio vertido por el padre del causante no fue espontáneo, pues bien fuera su apoderada o su hijo le sugerían la respuesta a las preguntas. Ninguno de los miembros de la familia del fallecido, hizo manifestaciones relativas a la orientación sexual del causante y afirmaron no tener conocimiento respecto a su convivencia con el aquí demandante. Insistió los deponentes no fueron espontáneos; señaló los padres del causante actúan de mala fe y la juez no tuvo en cuenta las inconsistencias en sus afirmaciones.

Afirmó, del trámite notarial de compraventa, celebrado el 29 de diciembre de 2016, se colige la venta de la cuota parte de un inmueble que le correspondía a Ricardo, con lo que se constata había un compañero permanente que había convivido los últimos años de su vida con el causante. La juzgadora también dejó de lado un chat de whatsapp que se aportó al expediente en el que Álvaro le escribió a Andrés pidiendo permiso para sacar sus pertenencias, lo que implica que Álvaro vivía allí.

Puso de presente la existencia de una declaración judicial en la que se declaró que el demandante y el causante fueron compañeros permanentes. Estimó la juez no tuvo en cuenta como es la comunidad de vida de una pareja homosexual e hizo un análisis como si se tratara de una pareja heterosexual. En este sentido señaló, las relaciones homosexuales se manejan en forma diferente; no se trata de ir a pasear, de tener hijos, de lavar o planchar la ropa. Relató, el actor no compartió momentos familiares con la familia de Ricardo porque no se lo permitían, no aceptaban su orientación sexual y su comunidad de vida.

Expresó, se le dio credibilidad a lo manifestado por Andrés, pero no se tuvo en cuenta que éste no vivió con el causante desde 2011; el presente es un caso de discriminación debido a la condición sexual del demandante y el causante².

² “**Apoderada demandante (21:29):** Gracias señora juez me permito en esta oportunidad procesal presentar el recurso de apelación para que la sentencia proferida sea en su totalidad revocada por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial, con base en los siguientes argumentos:

En primer término, pues me permito reiterar los argumentos esgrimidos de mi demanda señalar en tal efecto que mi representado efectivamente si le asiste derecho al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento difunto compañero permanente el señor RICARDO RAMOS MORA a partir del día 19 o 20 de enero de 2016 en virtud a que se encuentran establecidos los requisitos para ello. La juzgadora o la operadora juncial de primera instancia señaló que dentro del presente proceso no se habían acreditado esa comunidad de vida, ese apoyo mutuo sino que se había tratado simplemente de una relación sentimental, desconociendo lo manifestado pacíficamente por la Sala de Casación Laboral en sentencia 17 06 de 2021, que reitero lo dicho en la sentencia SL 6519 en donde se dice que donde se analizan situaciones respecto de parejas del mismo sexo, en donde se están debatiendo si efectivamente si existió o no una convivencia efectiva, se ha señalado o ha dicho este máximo órgano que se debe mirar de manera individual cada caso, existiendo o verificando las diferentes circunstancias sociales y que cada circunstancia debe analizarse, acá lo que vimos fue que la juzgadora de primera instancia hizo un análisis minucioso, parcializado a favor de los padres del causante o de los vinculados y no respecto

de las pruebas o de las documentales y respecto de testimoniales e incluso del mismo interrogatorio de la parte demandante, desafortunadamente en este caso queda una sensación de tristeza, de vacío de verificar de una u otra forma la decisión judicial se basó, se siente uno con una decisión judicial injusta en virtud en que se basaron, en que se baso la sentencia en unos hechos que no obedecieron a la verdad, esa es la realidad.

Desafortunadamente, la versión dada por los demandados o los vinculados no es cierta, desafortunadamente siempre se basaron en mentiras y desafortunadamente lograron convencer a la juzgadora de primera instancia, sin embargo, cabe precisar frente a estas situaciones varios reproches a saber, en primera parte al analizarse los interrogatorios de parte rendidos al padre del causante se logra establecer dos situaciones:

La primera de ellas es que nunca fueron espontaneas, ya que cada vez que se les hacia una pregunta por parte fuer el despacho o por parte de la presente, ellos siempre insistían en verificar o que alguien les dijera la respuesta, quien les daba la respuesta la persona que tenia al lado, bien fuera la apoderada o su hijo Andrés. Así mismo, cabe precisar que en este caso ninguno miembro de la familia, ni Andrés, ni Marisol, ni la señora Concepción, ni el señor Alfonso en ningún momento hicieron una manifestación hacia la orientación sexual de su hijo, todo lo contrario manifestaban que no sabían o a conveniencia decían que no sabían, entonces nunca tuvieron en cuenta esa comunidad de vida, los ideales de vida de su hijo, por la discriminación que inclusive el mismo sabía que podría llegar a sentir por parte de su familia, cuando uno analiza los interrogatorios de parte de los vinculados o demandados, junto a la declaraciones de Andrés, que encuentra, que el padre de un lado señaló que Andrés que no vivía ahí, luego que Andrés si vivía ahí, también existen unas series de contradicciones entre Marisol y Andrés, que tampoco fueron para nada espontáneos, se nota que fueron preparado, se notaba que siempre Andrés siempre quiso beneficiar a sus papás y se notaba como Marisol siempre intento beneficiar lo dicho por su esposo. Además, que se encontraban todos dentro de la misma casa en el momento en que se rindió el testimonio y el interrogatorios, todos estaban presentes, mejor dicho, no era un interrogatorio sino prácticamente como una especie de compartimiento social de las preguntas que se estaban realizando. En este caso, se deja de lado que los padres del causante actúan de mala fe, esa es la realidad, en este caso la juzgadora de primera instancia le da una importancia una validez, al dicho de los padres del causante y a su hijo pero sin embargo, deja de lado las inconsistencias que ellos incurren.

Porque señaló que actuando de mala fe, porque señalan cosas que realmente no son ciertas, ellos saben y ellos tienen conocimiento que realmente ALVARO si convivía ahí, y que realmente no se trataba solamente de una relación netamente sentimental, sino que si existió realmente una comunidad de vida. La juzgadora de primera instancia deja de lado, que existió mala fe de los padres del causante basta única y exclusivamente ver la compraventa que se realizó ante la Notaria segunda de Bogotá el día 29 de diciembre del año 2016, en la que el padre del causante el señor ALFONSO celebró una compraventa el día 29 de diciembre del año 2016, donde con un poder que tenía vendía la cuota parte que le correspondía a RICARDO se la vendió a su hijo Andrés, cabe preguntarse si para dicha data o hacia un mes anterior había fallecido RICARDO, como manifiesta el señor ALFONSO en dicho acto solemne o dicha compraventa que efectivamente para dicha data su hijo estaba vivo, que estaba soltero, porque celebró ese contrato, simplemente señores Magistrados porque ellos sabían y tenían conocimiento que efectivamente que había un compañero permanente, que había una persona con la cual había convivido los últimos años de su vida, aquí dice la señora juzgadora de primera instancia que el dicho que YENY no es cierto o entra en contradicción con Andrés, pero también deja de lado que se anexo un chat de WhatsApp, en el que se señaló o en el que ALVARO le escribió a ANDRES en donde le pedía permiso de sacar sus pertenencias, es que las pertenencias no es único y exclusivamente la ropa, las pertenencia, no se puede decir que solo porque la persona tenga la ropa o porque la testigo solamente se ensaño en que iba a sacar sus pertenencias llámese ropa, o a modo de ejemplo dijo ropa no significará que el realmente no tuviera sus otras cosas personales ahí, no llámese, no cosas personales muebles, y enseres porque hay otro tipo de bienes muebles que pudo haber sacado, y que sabe perfectamente la familia que él si vivía ahí.

Y cabe precisar que en este proceso los vinculados siempre pretendieron condicionar la calidad de compañero permanente de ALVARO mediante una decisión judicial, sin embargo, cuando obtuvieron esa decisión judicial, o se obtuvo esa decisión judicial en el mes de septiembre del año 2020 ante el Juzgado 31 de Familia, no dijeron nada el decir del abogado o el decir en sus alegatos de conclusión es simplemente de que se trato de una especie de contentillo por decirle así, que le dio la juez 31 a ALVARO para que pudiera y supiera que

(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 21:29, cd. folio 596).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSÉ ALVARO RODRIGUEZ YEPES, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folio 4), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 4 a 9, aspirando se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes del causante RICARDO RAMOS MORA (q.e.p.d.) a partir del 20 de noviembre de 2016 en calidad de compañero permanente, junto con los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, lo ultra y extra petita y costas del proceso. Por su parte los interviniente ALFONSO RAMOS LADINO Y MARÍA CONCEPCIÓN MORA DE RAMOS, no formularon pretensiones, pero se opusieron a las pretensiones de la demanda (fls. 511 a 521).

si fue el compañero permanente, no, también se debatió, también se acreditó, esto no fue solamente una relación sentimental pasajera, lo que sucede no se tuvo en cuenta en este caso en concreto como es la comunidad de vida de una pareja homosexual, la juez en este caso lo analizó bajo el consentimiento o bajo lo que ella entendió como si se tratara de una relación heterosexual, pero es que este tipo de caso es diferente, es una relación homosexual, las relaciones homosexuales se manejan de manera muy diferentes a las heterosexuales, la comunidad de vida es diferente, la situación es diferente, no se trata de ir a pasear, de tener hijos, de lavar o planchar la ropa, ir más allá, porque es una relación completamente diferente. Acá se señala que nunca el demandante nunca compartió momento familiares con la familia de RICARDO, pero porque no los compartieron porque simplemente porque no se permitían, porque RICARDO sabía perfectamente que como eran sus papás, que seguramente no podría presentarles a ALVARO, que no podría ser la persona que era delante de su hermano, de su cuñada, delante de su grupo familiar, si estaban cumpliendo 30 o 40 años de casados como los iba a llevar, como los iba a invitar al matrimonio de su cuñada, si simplemente si nunca los llevó digamos a esas reuniones familiares, que trataba que única y exclusivamente que no iban aceptar su orientación sexual, su comunidad de vida y mucho menos a una pareja del mismo sexo.

Aquí se debe entrar a verificar que realmente el testigo ANDRES, aquí se le dio digamos un convencimiento total a los dichos de Andrés, sin embargo, se deja de lado que el realmente no vivió con el causante entre el mes de noviembre del año 2011 y la fecha del fallecimiento, el señaló aquí que efectivamente iba, pero no acreditó su dicho en el entendido que todos los días hubiera ido a dicha casa paterna, aquí señalo que de unas bitácoras que la empresa de seguridad, pero el mismo sabe que durante los últimos 6 8 meses antes del fallecimiento de su hermano el ni se apareció en la casa paterna.

Aquí simplemente se ha tratado de una discriminación social la verdad, se acusa una persona por no haber adelantado unas gestiones que debió según el criterio de la juzgadora de primera instancia debió haberlas relacionado, sin embargo, desafortunadamente no lo hizo porque a nivel social, personal, religioso e inclusive hasta judicial hay muchas cosas que no permiten que una persona no pueda desarrollarse de forma libre, de manera libre su tema familiar y sexual, pero pues bueno (Se corta el audio)”

”

El señor JOSÉ ALVARO RODRÍGUEZ YEPES obtuvo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a Colpensiones y a los vinculados persona natural, de todas las pretensiones de la demanda. Para arribar a esa decisión, la juez a quo consideró a partir de los medios de prueba recaudados, se acreditó que el demandante y el fallecido sostuvieron una relación sentimental, pero no se acreditó que el fallecimiento de Ricardo Ramos Mora y el demandante hubieran sostenido una relación de convivencia basada en el apoyo y ayuda mutua.

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

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor RICARDO RAMOS MORA, falleció el 20 de noviembre de 2016, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a folio 34, como tampoco que se encontraba afiliado a COLPENSIONES y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan de los actos administrativos SUB 50911 de 3 de mayo de 2017 (fls. 48 a 51), DIR 7162 de 2 de junio de 2017 (fls. 53 a 56), SUB 139557 de 28 de julio de 2017 (fls. 60 a 69), última en la que reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$2'346.031,00 a favor de MARIA CONCEPCIÓN MORA DE RAMOS en el 100%.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si el señor JOSE ALVARO INA MARCELA VESGA ECHEVERRI, quien afirma haber sido compañero permanente del afiliado, acreditó los requisitos de ley para ser beneficiario de la prestación reclamada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -20 de noviembre de 2016, folio 34-, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera

permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación en sentencia SL1730 de 2020⁴, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la

³ **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte³; (...)

⁴ Lo que discute en casación la censura, es la exégesis dada por el colegiado, al art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, respecto al número de años de convivencia exigidos a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068-2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenga la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes¹”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes **“constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.**

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, **la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.**

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba

L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido, postura que es acogida por esta Sala de Decisión, y que fue recientemente reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

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

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con

aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañero(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

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

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de la cédula de ciudadanía del demandante (folio 35), este nació el 26 de marzo de 1972, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 44 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene el demandante haber ostentado la calidad de compañero permanente del causante desde el mes de noviembre de 2009 y hasta la fecha del deceso de Ricardo Ramos Mora. Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañero permanente del causante, del señor JOSE ALVARO RODRIGUEZ YEPES, debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección absolvió interrogatorio el demandante⁵, quien afirmó tenía con su pareja una relación discreta en la empresa donde trabajaron, por el perfil del

⁵ Cd. fl. 567, audiencia parte 1 record 12:04.

causante y su estrato social y por eso sus jefes no sabían de dicha relación, lo que le impidió ir a San Andrés para hacer las diligencias del traslado del cuerpo, hubo una tormenta en la isla y tampoco contaba con dinero para adelantar los trámites. Ante su familia y amigos no ocultaban su relación de pareja; en el plan funerario vinculó al fallecido como amigo y para otro tipo de trámite también lo referenciaba como amigo.

El Testigo Fabio Enrique Arévalo Pachón⁶, amigo del demandante y el causante, afirmó conocer a Ricardo Ramos Mora desde el año 2006; le consta que tuvo un noviazgo con José Alvaro Rodríguez Yepes y que para el año 2009 empezaron a convivir; estaban pendientes uno del otro; un amigo le contó de la muerte de Ricardo Ramos. Le consta la relación de pareja señalada, porque “los fines de semana la pasaba con ellos” e incluso salían de paseo. En la casa vivían Ricardo y Alvaro; los hermanos de Ricardo iban de visita. Refirió la relación no se hizo pública en el trabajo pero en el entorno de amigos era conocida la unión de pareja.

Declaró Jenny Paola Lancheros Rodríguez,⁷sobrina del demandante. Afirmó conocer a Ricardo Ramos en el año 2001; le consta su tío y el señor Ramos eran compañeros permanentes, convivían en la 128 con Boyacá en el conjunto antigua Helvetia; compartió con ellos muy seguido, los considera como sus padres. Incluso Ricardo fue el padrino de bautizo de su hijo y siempre estaban en contacto; ellos se fueron a vivir como pareja estable en el año 2009; antes de esa fecha, el demandante vivía en casa de la testigo y luego se fue a vivir con el causante; nunca se separaron ni tuvieron relación con otras personas. La relación fue pública delante de los amigos y la familia de Álvaro, en el ámbito laboral y ante la sociedad eran muy discretos. El actor no llevó a cabo ninguna diligencia de traslado del cuerpo desde San Andrés, debido a dificultades climáticas que se presentaban en la isla. Los trámites los hizo Andrés, el hermano del fallecido. Los servicios funerarios los asumió el seguro al que Ricardo estaba afiliado. Los gastos de manutención los sufragaban en un 90% Ricardo y en un 10% Álvaro, porque el primero tenía un mejor salario. En varias oportunidades estuvo de viaje con la pareja. Relató, ellos acordaron comprar cosas por separado.

Absolvió interrogatorio el vinculado Alfonso Ramos Ladino⁸, padre del causante, refirió no conocer la orientación sexual de su hijo, desde el año 2004 vive unos días en Girardot y otros en Bogotá, su hijo Ricardo vivió en la calle 128 A No. 72-50 casa 44 desde 2008 hasta su fallecimiento, su otro hijo Andrés no vivía en esa dirección, no conoce al demandante; su hijo le colaboraba económicamente, él ni su esposa

⁶ Cd. fl. 567, audiencia parte 1 record 41:11.

⁷ Cd. fl. 567, audiencia parte 1 record 13:17.

⁸ Cd. fl. 594, audiencia parte 2 record 03:57.

fueron beneficiarios en salud de su hijo Ricardo, para la fecha de su fallecimiento, el causante vivía con sus padres.

La señora María Concepción Mora de Ramos ⁹, madre de Ricardo Ramos señaló en su interrogatorio que si conoce a Álvaro Rodríguez Yepes porque era compañero de trabajo y amigo de su hijo, el demandante nunca vivió en su casa, su relación con el demandante no pasó del saludo unas cuatro o cinco veces; Álvaro Rodríguez estuvo presente en las exequias de Ricardo; su hijo le ayudaba económicamente para medicamentos y consultas; para la fecha de fallecimiento de Ricardo, éste convivía con papá y mamá.

Rindió testimonio Andrés Ramos, hermano del causante¹⁰, refirió el causante y el demandante eran amigos, se conocieron en el Seguro Social donde trabajaban. Lo vio en varias oportunidades y en fotos con amigos y porque estuvo en casa de sus padres en algunas oportunidades; el demandante nunca vivió en la casa de sus padres. Explicó el testigo, que ello le consta porque estuvo viviendo en la casa paterna hasta 2011 y cuando se casó, su habitación pasó a convertirse en su oficina satélite y por ello estaba todos los días o día de por medio en la residencia de sus padres; para la fecha de su fallecimiento, Ricardo no convivía con ninguna pareja. Desde que Ricardo murió, todas las deudas y demás obligaciones que dejó, las han asumido sus hermanos, sobre todo él. Su hermano Ricardo compró un inmueble en Zipaquirá pero nunca lo habitó y en la escritura de dicho inmueble figuraba con estado civil soltero y sin unión marital de hecho, tiene conocimiento que el demandante tiene dos apartamentos en el mismo conjunto en Zipaquirá. El causante dejó propiedades que estaban solo a su nombre y otras que compró con los hermanos, pero con nadie más; el testigo fue quien hizo todos los trámites de traslado del cadáver, con autorización de sus padres. Tiene conocimiento que su hermano tenía un seguro en una cooperativa y en uno de esos seguros dejó como beneficiarios a su mamá y al demandante en calidad de amigo; tiene entendido, el señor José Álvaro solicitó información del trámite procesal ante la Fiscalía de San Andrés, pero dicha autoridad le negó la información porque el actor no pudo acreditar que tuviera algún vínculo con el fallecido. Relató, en las oportunidades en que su hermano estuvo enfermo e incluso hospitalizado fue su familia quien estuvo pendiente de Ricardo, mas nunca el demandante; en las reuniones importantes de su familia nunca estuvo el demandante; solo asistía a los cumpleaños de Ricardo, cuando éste invitaba a compañeros de la oficina. Relató, él y su otro hermano entregaron a la empresa empleadora de Ricardo el computador que él manejaba con información de la entidad y fue a ellos a quienes les entregaron los objetos personales que Ricardo tenía en la oficina; a la casa de la calle 128 nunca llegó correspondencia que tuviera que ver con Álvaro Rodríguez; afirmó, al momento de

⁹ Cd. fl. 594, audiencia parte 2 record 13:13.

¹⁰ Cd. fl. 594, audiencia parte 2 record 23:27.

su fallecimiento, su hermano Ricardo no tenía relación sentimental con ninguna persona.

De otro lado, la testigo Marisol Riaño Rubiano ¹¹, esposa del testigo Andrés Ramos desde enero de 2011 y cuñada del fallecido Ricardo Ramos. Ha visto a José Alvaro Rodríguez, se cruzó con él en algunas oportunidades en casa de Ricardo, no tiene conocimiento que entre Álvaro Rodríguez y Ricardo Ramos existiera relación alguna; frecuentó la casa ubicada en la calle 128 desde cuando era novia de Andrés Ramos y luego de su matrimonio, vivió un tiempo en esa casa; el demandante nunca vivió allí; solamente lo vio algunas veces; Ricardo Ramos siempre vivió en la casa paterna; al momento de su fallecimiento, Ricardo Ramos no convivía con nadie, habitaba con sus padres. Ella y su esposo estuvieron en San Andrés acompañando a Ricardo en el Hospital, dándole apoyo moral y pendientes de los trámites que hubiera que realizar, pero Álvaro Rodríguez no estuvo en ninguna de esas diligencias. Nunca vio que Álvaro Rodríguez se quedara en la casa de Ricardo; ella estuvo en todas las reuniones familiares pero José Álvaro nunca participó de ellas; A su matrimonio asistió Ricardo solo; Ricardo tuvo una novia con quien duró varios años y luego de ella, Ricardo nunca le presentó a nadie como compañero o compañera sentimental.

En el mismo sentido, se incorporaron al expediente como pruebas documentales relevantes;

- Certificado expedido por COOPTRAISS, en el que consta que el demandante como asociado, designó a Ricardo Ramos como beneficiario en condición de amigo (fl. 326) e igual certificado en que Ricardo Ramos designó beneficiario a Alvaro Rodríguez, también en calidad de amigo (fl. 327).
- Documento denominado chat de Whatsapp del demandante con Andrés Ramos de 27 de noviembre de 2016, donde se hace referencia a “la entrega de unas cosas” y donde el demandante pregunta al testigo Andrés Ramos, si sus padres sabían de la relación que tenía con Ricardo (fl. 417).
- Material fotográfico (fls. 418 a 426 y 522 a 5423)
- Declaraciones extrajuicio de Fabio Enrique Arévalo Pachón (fl. 74), de Mauricio Leiva Gómez (fl. 76), de Luis Javier Quintero Jaimes (fl. 78) y de Jenny Paola Lancheros Rodríguez (fl. 80). Todos manifiestan que conocieron a Ricardo Ramos y les consta que durante más de 7 años convivió en unión marital de hecho con José Alvaro Rodríguez Yepes, convivencia que se extendió hasta el fallecimiento de Ricardo.

¹¹ Cd. fl. 594, audiencia parte 2 record 01:37:42.

- Historia clínica de José Álvaro Rodríguez (fl. 82 a 84) donde figura como acompañante Ricardo Ramos.
- Certificación de atención médica domiciliaria al demandante (fl. 85)
- Planillas de pago de aportes a seguridad social a nombre de José Álvaro Rodríguez Yepes y extractos de cuenta bancaria de Ricardo Ramos Mora (fls.87 a 315).
- Resolución SUB 2700 de 2017 emitida por Colpensiones.

De esta manera, analizada la prueba en conjunto, para la Sala no se encuentran acreditados los presupuestos exigidos por la disposición legal y el criterio jurisprudencial antes citados, esto es, la convivencia real y efectiva con el de cujus al momento de su deceso.

Nótese, aunque fueron aportadas las declaraciones extrajuicio vertidas por Fabio Enrique Arévalo Pachón, Mauricio Leiva Gómez, Luis Germán Quintero Jaimes y Jenny Paola Lancheros Rodríguez, donde todos afirmaron constarle la convivencia del demandante y Ricardo Ramos para la data del fallecimiento de éste último (fls. 74 a 81), dichas declaraciones no fueron precisas en anotar circunstancias particulares de los compañeros; adicionalmente llama la atención de la Sala, el que todas las declaraciones hayan sido presentadas ante la misma Notaría y correspondan a idéntico formato, en el que se consignan exactamente los mismos textos, circunstancia que resta credibilidad a las afirmaciones allí vertidas.

Ahora, en cuanto al material fotográfico aportado por la parte demandante (fls. 418 a 426), se advierte, no es posible determinar, quienes son las personas que allí se registran, pues ellas no contienen ninguna información al respecto; simplemente se observan dos hombres en situaciones recreativas y de viaje; situaciones que en todo caso no permiten colegir su convivencia permanente o su vida en común con vocación de permanencia.

Contrariamente, las fotografías aportadas por los vinculados al proceso (fls. 522 a 543) si explican quiénes son las personas que en ellas se pueden apreciar; incluso algunas de ellas informan la data de los eventos, de donde se colige una importante vida social del causante con amigos de trabajo y de universidad, así como viajes y paseos familiares en diferentes anualidades, pero en ninguna figura el aquí demandante.

Frente a las certificaciones expedidas por COOPTRAISS (fls. 326 y 327) si bien se evidencia que el demandante relacionó como beneficiario al causante y éste a su

vez al demandante, lo cierto es que lo hicieron en calidad de amigos; es decir, de allí tampoco puede concluirse una relación de compañeros.

En relación con el documento visible a folio 417, que la recurrente afirmó no fue tenido en cuenta, a juicio de la Sala, corresponde a una transcripción mecanográfica de un texto, según allí se indica, de una conversación; sin embargo, por no corresponder a una captura de pantalla de whatsapp, se desconoce si su contenido fue editado o alterado, circunstancia que le resta valor probatorio a lo allí consignado

Frente a las planillas de pago de aportes a seguridad social a nombre del demandante, se advierte que en algunos de los extractos de la cuenta bancaria del señor Ricardo Ramos Mora figuran movimientos “pago planilla única internet”, por ejemplo fls. 166, 178,170,172, 174, 176, 178, 180,182,184,186,188,190, podría entenderse que en efecto el causante efectuó pagos por concepto de seguridad social a favor del aquí demandante entre los años 2008 y 2012 (por ejemplo folios 257 y 260); empero aunque así hubiera sido, lo cierto es que esta situación no acredita que el demandante y el causante hubieran estado conviviendo con ánimo de permanencia para el año 2016, cuando falleció Ricardo Ramos.

De otro lado, Colpensiones en su resolución SUB2700 de 8 de marzo de 2017 (fl. 40) señaló que a partir de su investigación administrativa se evidenció que el demandante y Ricardo Ramos Mora convivieron desde el año 2014 y hasta el 20 de noviembre de 2016. Al respecto estima la Sala, que si bien se presume la legalidad del mentado acto administrativo, ello no es óbice para que a instancias de este proceso se acredite cosa diferente, como en efecto aquí ocurrió.

Ahora, a folios 571 vuelto y 572 obra acta de audiencia celebrada el 3 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, en la que se declaró que entre José Álvaro Rodríguez Yepes y Ricardo Ramos Mora existió una unión marital de hecho entre el 30 de noviembre de 2009 y el 19 de noviembre de 2016.

Frente a este aspecto es claro para la Sala, mediante la Ley 54 de 1990 se reglamentó la unión marital de hecho para efectos civiles, como lo establece el artículo 1° de la norma en mención. Sin embargo, esta declaración civil no tiene efectos en tratándose de la procedencia de una pensión de sobrevivientes, pues en materia de seguridad social, lo que se busca es la protección de la familia y de la convivencia efectiva con fines de apoyo y ayuda mutua, por lo que procede como en este caso, un debate probatorio, con exclusión de lo que se haya decidido en la jurisdicción de familia. En este sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1618 de 2018 y SL 4099 de 2017

En otra arista, esta Corporación advierte serias contradicciones frente a la prueba testimonial recaudada, pues mientras Fabio Enrique Arévalo Pachón y Jenny Pala Lancheros Rodríguez, amigo y familiar del demandante respectivamente, aseguraron, les consta la convivencia de José Álvaro Rodríguez Yepes y Ricardo Ramos, incluso para la fecha del fallecimiento de éste, los testigos Andrés Ramos (hermano del causante) y Marisol Riaño Rubiano (cuñada del fallecido) refirieron conocer al demandante únicamente como un compañero de trabajo y amigo de Ricardo Ramos; pero no les consta en lo absoluto que ellos hubieran sostenido una relación sentimental y en todo caso, fueron enfáticos en señalar, el de cujus habitó en la casa de sus padres toda su vida, inclusive para la data de su fallecimiento y para entonces no tenían conocimiento que tuviera alguna pareja sentimental.

Nótese además, conforme lo señalaron Andrés Ramos y Marisol Riaño, fueron ellos quienes se trasladaron a la isla de San Andrés para auxiliar a Ricardo Ramos en el Hospital y luego de su fallecimiento, adelantaron todas las diligencias de rigor ante la Fiscalía y Medicina Legal, en tanto el demandante en su interrogatorio afirmó no pudo desplazarse debido a falta de dinero y a dificultades climatológicas en la isla.

En el mismo sentido, anotaron los testigos Andrés Ramos, Marisol Riaño y Jenny Paola Lancheros, el demandante y el fallecido no adquirieron bienes en calidad de pareja; contrariamente, como lo explicó el testigo Andrés Ramos, el de cujus adquirió un bien inmueble en Zipaquirá solo a nombre suyo. Así mismo, llama la atención, que sea el hermano del causante y no el demandante, quien acompañó y auxilió a Ricardo Ramos en diferentes dificultades de salud que sufrió, que fueran los familiares de Ricardo, quienes entregaron el computador con información laboral al empleador del fallecido y que fueran ellos y no el aquí demandante quienes recibieron los objetos personales que el causante tenía en su oficina.

Par la Sala, las declaraciones de los testigos Andrés Ramos y Marisol Riaño gozan de credibilidad en tanto sus afirmaciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneos y coincidentes, además expusieron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas dado su conocimiento directo y personal de los hechos y la cercana relación que los unió al fallecido Ricardo Ramos por su vínculo familiar, sin que pueda colegirse que estuvieran faltando a la verdad en su dicho.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, esta Sala concluye, al igual que la juez de primer grado, que entre José Álvaro Rodríguez Yepes y Ricardo Ramos pudo existir una relación sentimental donde compartieron eventos y actividades, sin que ello

entronice que a la fecha del fallecimiento de Ricardo Ramos, los citados tuvieran una relación de convivencia, en calidad de compañeros bajo el mismo techo, con vocación de permanencia y con el ánimo de apoyo y ayuda mutua, como lo exige la ley y la jurisprudencia aplicable al caso, parámetros de valoración que aplican tanto a personas del mismo sexo como a heterosexuales.

En todo caso, atendiendo los argumentos presentados por la recurrente, es pertinente señalar, que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han sido reiterativos en enseñar, que para el caso de parejas del mismo sexo como heterosexuales, se deben acreditar los mismos requisitos a fin de materializar sus aspiraciones frente a una pensión de sobrevivientes y que no puede exigirse a los primeros el cumplimiento de ningún otro requisito, porque implicaría una discriminación por razones de género. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia SU 214 DE 2016, así como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras oportunidades en la sentencia SL 5524 de 2016, en la que señaló:

“En ese orden de ideas y de conformidad con los criterios expuestos, cuando las reglas de la Ley 100 de 1993 protegen el grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece con la prestación de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual con solidaridad, comprende también a las parejas del mismo sexo quienes, por ser el ámbito de la controversia que aquí se desata, gozan de libertad probatoria para demostrar la condición de compañero (a) permanente y el término de convivencia para acceder al derecho en los mismos términos establecidos para las parejas heterosexuales”.

Entonces, no le asiste razón a la censora respecto a que la situación de convivencia en tratándose de parejas del mismo sexo deba analizarse en forma diferente, pues como ya lo ha señalado la jurisprudencia laboral y constitucional, este aspecto debe ser acreditado en condiciones de igualdad, luego para el caso de las parejas del mismo sexo, el requisito de convivencia también debe comportar la habitación permanente bajo el mismo techo con la vocación de conformar una vida de familia, de mutua ayuda y apoyo en los ámbitos materiales como espirituales, aspectos que como ya se analizó, no se acreditaron en el presente caso.

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a similares conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

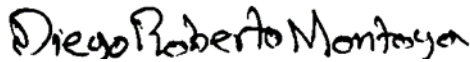
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Sexta (6) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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 \$800.000, 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA INÉS BELTRÁN
RUSINQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a BELCY BAUTISTA FONSECA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 6).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 3 a 4), y COLPENSIONES (fls. 7 a 8), 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 COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 13 de octubre de 2021 (*Audiencia, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, exp. Virtual archivo 24 Audio Sentencia.mp4*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante MARIA INES BELTRAN RUSSINQUE con la AFP COLFONDOS SA el 8 de agosto de 1995 contenida en formulario de afiliación y traslado visible a PDF número 13 del expediente digital.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS a devolver todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo vigente su vinculación con COLFONDOS, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Social en 1973.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES (sic), o **DECLARAR** perdón que la demandante MARIA INES BELTRAN RUSSINQUE es beneficiaria del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 y no fue afectada con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

SEXTO: Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES Y COLFONDOS.

SÉPTIMO: Las costas procesales son a cargo de COLFONDOS y las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, no hay lugar a condena en COSTAS contra COLPENSIONES.

OCTAVO: ORDENESE la consulta de esta sentencia ante el Superior en favor a COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación”.

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES la apeló y solicitó su revocatoria. En primer lugar señaló, la decisión adoptada por el a quo quebranta el principio de sostenibilidad financiera, que quebranta la debida planeación en el pago de pensiones en atención a que el ahorro de la demandante en el RAIS no será suficiente para financiar su pensión en prima media, por lo que estima pertinente ordenar el pago de un cálculo actuarial por parte de la demandante o de la AFP¹

¹**Apoderado COLPENSIONES (1:13:40):** Muchísimas gracias su señoría, muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación en contra la decisión tomada en esta instancia para que sea resuelto por el honorable Tribunal de distrito judicial de Bogotá, de conformidad con los siguientes argumentos.

Como primera medida es de dejar sentado ante los honorables magistrados que integran la sala que la decisión que están tomando los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el acto legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que es quebranta la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, ayudando al sostenimiento del mismo, desdibujándose totalmente el régimen de prima media con prestación definida, la estabilidad financiera se garantiza en la que, en la medida en que el sistema general de pensiones, percibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permiten pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver la satisfacción, a satisfacción las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.

Por lo anterior, COLPENSIONES como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional debe velar en todo momento por la protección de los dineros del erario público destinados a sustentar el sistema general de Seguridad Social en pensiones y en este orden de ideas, es necesario que, dada la prevalencia del interés general sobre el particular, se tomen medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que ha atiende la Constitución Política de Colombia en dicha materia.

Es por los anteriores argumentos Honorables Magistrados que no se debería declarar la nulidad o ineficacia del traslado, pues en última sería el patrimonio público el cual entraría a pagar la pensión que llegar a percibir la parte demandante en el régimen de prima media que su ahorro se hizo de forma individual y este mismo no ayuda a financiar las pensiones de él, los demás pensionados del régimen de Prima media y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión, pero que dicho régimen el monto de su pensión sería muchísimo más alto que en el RAIS.

*(Audiencia, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, exp. Virtual archivo
24 Audio Sentencia.mp4 record 1:13:40)*

Por su parte el apoderado de COLFONDOS S.A., apeló la decisión proferida por el juez de primera instancia en relación con la orden de devolver los gastos de administración debidamente indexados. En este sentido manifestó, éstos son descuentos que se efectúan conforme a la ley, tanto en prima media como en ahorro individual y tienen como finalidad la adquisición de un seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia y para obtener rendimientos, que son depositados en la cuenta de ahorro individual.

Recabó en que el traslado de la demandante se verificó hace más de 20 años y en ese tiempo la AFP ha venido generando unos rendimientos que fueron generados en cumplimiento de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y como la entidad fue condenada a devolver los ahorros más los rendimientos, no habría lugar a trasladar las cuotas de administración. Esta situación también genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones

Estimó, tampoco hay lugar a devolver estos gastos en forma indexada, no se demostró se hubiera causado algún perjuicio a los aportes pensionales de la demandante, ni se demostró que dichos valores hubieran sufrido devaluación

En el eventual evento Honorables magistrados ustedes consideren estrictamente necesario declarar la nulidad o ineficacia, ruego a los magistrados considera la realización de cálculo actuarial y el pago del mismo, bien sea a cargo y el pago del mismo, bien sea a cargo del fondo responsable del vicio de la parte demandante, para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta que, como lo menciona la sentencia SU 062 del 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplir el requisito de las 750 semanas, este adicionalmente tendría que pagar el cálculo de rentabilidad y en este caso no puede ser desconocida dicha situación.

Por todos los anteriores argumentos Honorables magistrados le solicitó revocar la decisión proferida en primera instancia y en su defecto absolver a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Muchas gracias.

monetaria. El juez de conocimiento omitió tener en cuenta un cálculo actuarial que fue aportado por COLPENSIONES del que se constata, ésta última se está viendo favorecida con la condena a su representada, por gastos de administración indexados².

² **Apoderado COLFONDOS (1:17:18):** Gracias su señoría me escucha, gracias señoría, estando en el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su Honorable despacho. Esto en lo que tiene que ver en la condena impuesta a mi representada en el numeral tercero, devolver lo que corresponde a los gastos de administración, y esto conforme de estos valores, debidamente indexados a título de actualización monetaria.

Lo primero que debo solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la condena impuesta a mi representada, téngase en cuenta, que los gastos de administración son conceptos que se realizan, son con descuentos que se realizan conforme a consagración legal y se realiza tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual, tal como lo manifesté estos conceptos, es tienen unas destinaciones específicas, como es la adquisición de una póliza de seguro previsional, para la cual mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, eventualidades para las cuales la demandante siempre estuvo cubierta durante el tiempo que permaneció en COLFONDOS.

Es importante señalar que hay otra parte, otros porcentajes, se utiliza para lo que es la adquisición, para lo que es la administración y la inversión que realizan los fondos de pensiones con el fin de obtener unos rendimientos que sé que son depositados en la cuenta de ahorro individual y por lo tanto, pues no hay razón jurídica para que se ordene a mi representada devolver estos conceptos y menos de una manera indexada.

Es importante señalar que que hay que tener en cuenta que el traslado de la demandante ocurrió hace más de 20 años y si bien el acto se declarara ineficaz, no habría obligación de declarar, no habría obligación y no habría lugar a que se condene a mi representada a devolver estos conceptos, ya que se han generado unos rendimientos que han tenido y han incrementado el capital de financiación de la demandante y, por lo tanto, téngase en cuenta que la demandante ha permanecido por más de 20 años en COLFONDOS y que mientras permaneció en COLFONDOS la afiliación fue válida y fue eficaz y, por lo tanto, se realizaron estos descuentos que COLFONDOS no podía omitir realizar estos descuentos.

Así mismo, pues el afiliación durante estos más de 20 años produjo efectos jurídicos válidos, como es el descuento de los gastos de administración. Si el juez, si bien se declara la ineficacia y con la ineficacia desde sus inicios se debe señalar entonces que la demandante no tendría derecho a estos descuentos, a estos rendimientos que fueron, que fueron obtenidos por mi representada, ya que ni mi representada, pues cumplió con su obligación jurídica de administrar y con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando unos rendimientos y por lo tanto, se entiende que si mi representada fue condenada a devolver lo que los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, es decir, los aportes más los rendimientos, pues no existiría la obligación legal de trasladar cuotas de administración, dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los altos

rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y que comparados con los descuentos de gastos de administración, se entiende que dichos gastos son muy inferiores a los rendimientos, ya que los rendimientos superan de 2, 3 veces y hasta 4 veces lo que se hubiese los descuentos de gastos de administración.

Le solicitó honorable magistrado, si es que se tenga en cuenta que es la labor del juzgador al momento de fallar, fallar en equidad y en justicia, lo que no se hace dentro del presente caso, ya que se le impone unas condenas contra el patrimonio de mi representada como devolver unos gastos de administración que ya se fueron utilizados y con los cuales se generaron unos rendimientos.

Así mismo, pues se falla con una total inequidad dentro del proceso, ya que se favorece a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, generándole un enriquecimiento sin justa causa, como bien quedó demostrado dentro del proceso y conforme al mismo documento de cálculo de rentabilidades que aportó esta entidad, pues se tiene que lo que hubiese ahorrado la demandante de haber permanecido en el régimen de prima media hubiera hubiese sido 105 millones y lo que hay en este momento en la cuenta de ahorro individual hasta la fecha, es de 183 millones. Es decir, que al momento de condenar a mí representa devolver los rendimientos más los aportes estaría devolviendo más de un 150% de lo que hubiese sido la cotización de la demandante y por lo tanto, se tiene que el único que se está viendo favorecía dentro de este proceso es COLPENSIONES.

Siendo así que tampoco hay lugar a devolver, de manera indexada estos gastos de administración, ya que se toma como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, así como tampoco se allega siquiera a prueba sumaria donde se demuestre que se generó un daño o un perjuicio a los aportes pensionales de la demandante. Y contrario a ello, pues tampoco se tiene o tampoco se llega a prueba sumaria donde se muestre, que los valores sufrieron una devaluación monetaria y por lo tanto, pues no hay lugar a que se ordene a condenar a mi representada a devolver estos conceptos y menos de una manera indexada, ya que como se bien se lo he dicho, se torna como una condena en daños y perjuicios contra el patrimonio en mi representada, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente proceso y se debe tener presente que para que se imponga una condena en un daño en un perjuicio debe estar demostrado el daño y situación que dentro del presente proceso brilla por su ausencia.

Así mismo, pues se debe tener presente que mi representada siempre ha actuado de buena fe conforme a la normativa vigente y se debe tener presente que omite el juez de primera instancia, tener presente un cálculo actuarial que fue solicitado por la misma COLPENSIONES y que fue aportado por la misma COLPENSIONES y en donde se obtiene que se está viendo favorecida al ordenar devolver y al imponer una doble condena a mi representada de gastos de administración de rendimientos y más de una manera indexada.

Siendo así, dejo sentado en mi recurso de apelación, solicitándole a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se revoca esta condena impuesta a mi representada, así mismo, se se revoque lo que correspondía a la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que el traslado de la demandante, ocurrió hace más de 20 años y COLFONDOS realizó ese traslado conforme a la normativa vigente y, por lo tanto, no hay lugar a imponer este tipo de condenas a mi representada. Siendo así, dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias, Señoría.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folios 2 y 3 pdf*) **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo** (*folios 4 y 6 ibid.*), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos, a COLPENSIONES, se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media, a recibir el traslado de todos sus aportes, 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, y en consecuencia se ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, incluyendo gastos de administración y comisiones, que deberán ser pagados en forma indexada. Se ordenó a COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario la actora nació el 14 de mayo de 1956 (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folio 53 pdf*), por lo que la edad de 57 años, la alcanzó el mismo día y mes del año 2013, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994, contaba con 38 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **8 de agosto de 1995** con fecha de efectividad el **01 de septiembre de 1995** (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folio 54 y 124 pdf*), por afiliación que hiciera a CITI OL FONDOS hoy COLFONDOS S.A. y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba apenas con 608.71 semanas cotizadas al sistema (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folio 141 pdf*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de

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

2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, 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 **8 de agosto de 1995** con fecha de efectividad el **01 de septiembre de 1995** (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folio 54 y 124 pdf*), conforme a la información consignada en la certificación de no afiliación expedida por COLPENSIONES, **precisándose** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP COLFONDOS aceptó la afiliación que hiciera la demandante a esa AFP en dicha fecha (*expediente digital, página 124 respuesta hecho 11, archivo 01 expediente físico*); imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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..

Respecto al comunicado de prensa (*exp. Virtual archivo 01 cuaderno físico folios 44 a 46 pdf*), 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 al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información por parte de las administradoras, existe desde su misma creación. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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 COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(08 de agosto de 1995, efectivo el 1° de septiembre 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, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** 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, como quiera que, la actora es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia,

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.

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, frente a los argumentos de apelación de COLFONDOS, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento pues lo que ocurre es que la situación de afiliación 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 (...).”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliado la demandante, por virtud del restablecimiento

de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto, no sin antes señalar, la Sala no abordará los argumentos presentados por COLFONDOS S.A. relativos a que la orden de indexar las sumas por concepto de gastos de administración se toma como una condena por daños y perjuicios, como quiera que este asunto no fue objeto de debate dentro del proceso.

Igual sucede, en relación con el supuesto favorecimiento de COLPENSIONES con motivo de la devolución de los gastos de administración, conclusión a la que arribó el apoderado de COLFONDOS a partir de un cálculo actuarial obrante en el expediente, aspecto que no constituyó ninguna de las pretensiones de la demanda, no fue debatido en el decurso del proceso, ni mereció pronunciamiento por parte del juez a quo, lo que impide a esta Corporación emitir algún pronunciamiento en este sentido.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta-⁶ (*exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00342 pdf folio 192*), 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

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 24 de mayo de 2021 (*exp. Digital archivo 03 auto fija audiencia*).

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

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

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

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

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto

los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

En lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de ordenar un cálculo actuarial y el pago del mismo con cargo al responsable del traslado al RAIS, con miras a conjurar la descapitalización del sistema, la misma se torna improcedente como quiera que no existe pretensión en este sentido y el asunto tampoco fue objeto de debate a lo largo del proceso.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLFONDOS, 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 se le imponga condena en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son los resultados del proceso. En ese orden, habrá de confirmarse esta condena respecto de la demandada COLFONDOS S.A.

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

conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLORALBA MOJICA
TOSCANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00448 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ 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 (fl.16).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl. 8), y las demandadas PORVENIR S.A (fls. 3 a 7), COLPENSIONES (fls. 10 a 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasadoxxxxxx de 2021 (*Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:41, archivo “19 Audiencia fallo mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante FLORALBA MOJICA TOSCANO con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 28 de agosto de 1998 contenida en el formulario No.328434.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los gastos de administración y comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiesen sido descontados de los aportes pensionales de la señora demandante mientras que estuvo afiliada a HORIZONTE como a PORVENIR, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de prima media con prestación definida. a la señora demandante desde su afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por la COLPENSIONES y PORVENIR dadas las resultas del proceso.

SEXTO: Las costas son a cargo de PORVENIR, las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. No hay lugar de costas en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: ORDÉNESE el grado jurisdiccional de consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y a fin de que el Superior revise la legalidad de lo recibido.”

En la misma audiencia, el juez de conocimiento corrigió el numeral primero de la parte resolutive de su sentencia, indicando, el traslado cuya ineficacia se declara es del 28 de agosto de 1996.

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

Así, en primer lugar, la apoderada de COLPENSIONES, señaló, no existe prueba de la existencia de un vicio del consentimiento. Frente al error, estima no se trata de alguno que tenga la fuerza para conllevar a la ineficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP. Considera, la responsabilidad probatoria no debe ser solo de las AFP; también se le debe exigir al demandante aporte medios de prueba que acrediten la presencia de un vicio del consentimiento.

Afirmó, la parte demandante también tiene obligaciones, como informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación e información para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones. Es así que, no es posible que

la demandante pretenda la nulidad de su traslado luego de advertir que el monto de la pensión no es acorde a sus aspiraciones económicas; por ello debe someterse a las condiciones del régimen que escogió con la firma del formulario de afiliación. Finalmente señaló, no se puede permitir la descapitalización del fondo privado y permitir a una persona que no contribuyó a la formación del ahorro comunitario, que se beneficie de éste.¹ (*Audiencia virtual concentrada, archivo “19AudienciaFallo.mp4”, expediente digital*).

A su turno PORVENIR S.A. refirió, no se valoró el consentimiento informado que se materializó con la firma del formulario de afiliación por parte de la demandante, que da cuenta de su libre escogencia del RAIS, oportunidad en la que fue asesorada conforme lo exigía la ley 100 de 1993.

¹ **Apoderada COLPENSIONES (37:23):** Gracias su señoría, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado contra de mi representada con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por su despacho y en su lugar absuelva a mi representada de todas las condenas impuestas.

Es pertinente mencionar señores magistrados que dentro del expediente no probó, no existió prueba alguna que estábamos en la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, esto es el error, la fuerza o el dolo. Ahora bien, no encontramos frente a un punto de derecho señores magistrados que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica o el acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente que es aquel que afecta su validez, y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Es ahora señores magistrados traer a colación que se ha venido haciendo una indebida interpretación del artículo 1604 del Código civil, dentro de los fallos del régimen de traslado, esta interpretación que la Corte hace, hace que la responsabilidad solamente sea en cabeza de los fondos, y se convierte en objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre que está en presencia de algún vicio del consentimiento, la fuerza o el dolo al momento de afiliarse pero si obliga que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que exista un menor esfuerzo señores magistrados sobre la partes demandante.

Es también señores magistrados recalcar que existen obligaciones legales y reciprocas dentro de este sentido, resaltó el Decreto 2241 del 2010, obligaciones que vienen contempladas en el artículo 4 y una de ellas es informase adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y la segunda es aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones. De conformidad con la anterior normativa, uno de los deberes mínimos en cabeza del afiliado es esto, destacándose en este caso concreto señores magistrados el (inaudible) que transcurrido en el tiempo se entenderá que la decisión de los demandantes es consciente permanecer en el régimen seleccionado.

Es así que no es viable que, pues ahora los demandantes pretendan una nulidad o un traslado después que observó que las condiciones de su pensión no están acordes con sus aspiraciones económicas, y por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema que, tal como lo afirmó en la firma del formulario.

Es también que traigo a colación el principio de la descapitalización del sistema pensional, relativo a que no puede permitir la descapitalización del fondo privado sin personas que no contribuyeron a su formación viene en el último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario y accediendo a una pensión que su pago desfinanciaría el sistema pensional. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría.

Agregó, siempre garantizó a la demandante su derecho de retracto, lo que se informó con la publicación en el diario El Tiempo del 14 de enero de 2004, sin que la demandante ejerciera dicha facultad, lo que no se valoró como una negligencia de su parte. Con la declaratoria de ineficacia del traslado, se desconoce el principio de autonomía de la voluntad de las personas.

Estimó, tampoco procede la condena por gastos de administración, que comporta un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada; dicho concepto no está destinado a financiar la prestación pensional y por ende pertenece al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó² (*Audiencia virtual concentrada, archivo “19AudienciaFallo.mp4”, expediente digital*).

² **Apoderado PORVENIR (40:34):** Gracias su señoría de manera muy respetuosa presento recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos pues a valorar. En primer lugar, para decretar la ineficacia del traslado por parte del fallador de primera instancia pues acontecieron respecto al deber de información como una obligación que debe ser probada por parte de mi representada de haber suministrado una información clara, suficiente sobre los efectos que acarrea el traslado de régimen pensional, por lo anterior, señores magistrados no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documentos públicos que fueron, los cuales expresaban que pues la actora hacía constar que libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesora sobre los aspectos de este y otros conceptos, conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir, que pues que no se trata de una simple declaración vacía en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la demandante, quien se presume una persona capaz de obligarse.

Adicionalmente, no se puede desconocer que PORVENIR S.A siempre le garantizo el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo, el día 14 de enero del 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del 2004, sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo cual debe valorarse como una negligencia de su parte, y no se valoró como tal.

Pero además, con la declaratoria de ineficacia del traslado de regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con el que contaba la demandante, definida en jurisprudencia constitucional (inaudible) reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende, crear derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Sin perjuicio pues de lo anterior, tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93, también en el régimen de prima media pues se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no son parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

De igual manera, merece atención el hecho que al ordenar el traslado de estos gastos de administración a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución pues de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93, menciona cuales son los dineros que debe ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos sus rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la pensión del afiliado, y por ende, pues no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual de la afiliada.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 6 y 7, archivo “01. CuadernoFísico.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 5 y 6 *ibídem*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación de la demandante, debido a que existió vicio en el consentimiento de la demandante por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. de 28 de agosto de 1996; se declare, para efectos pensionales, la demandante nunca dejó de estar afiliada al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y valor del bono pensional a COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes, rendimientos y bonos pensionales, 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 depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos que se hayan generado, los gastos de administración, comisiones o cualquier otro concepto que se hubiera descontado de los aportes pensionales; se ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada, sin solución de continuidad desde la fecha inicial de su afiliación.

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

Por lo anterior, de manera muy respetuosa le solicitó a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho. Muchas gracias.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 14 de octubre de 1967 (*página 35, archivo “01. CuadernoFísico.pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de abril de 2019 (*página 56, archivo “01. CuadernoFísico.pdf”, expediente digital*) y a PORVENIR S.A. el 7 de marzo de 2019 (fl. 50 ibidem) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse –tenía 52 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995⁴ -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 280 semanas cotizadas a Colpensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 28 de marzo de 1996, con fecha de efectividad a partir del 28 de marzo de 1996 (*páginas 71, 72 y 87, archivo “04 Contestación Porvenir.pdf”, expediente digital*), por afiliación que hiciera a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el

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

⁴ Para esa data trabajaba al servicio de la Gobernación del Casanare, conforme lo confesó la demandante a instancias de interrogatorio de parte y se colige de la historia laboral expedida por Porvenir S.A. (archivo 01 Cuaderno físico folio 39, expediente digital).

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia 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 HORIZONTE, hoy 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

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

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

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

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

adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión

de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando

“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.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1996, cuando era servidora de la Gobernación del Casanare, la Caja de Previsión “CAPRESOCA” a la que estaba afiliada se acabó; por ello recibió asesoría de parte de HORIZONTE, único fondo que para la época existía en el Casanare, donde le dijeron que como el Instituto de Seguros Sociales también se iba a acabar, la única opción para pensionarse era en ese fondo privado; el asesor le entregó el formulario diligenciado para que ella solamente lo firmara, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa **(páginas 96 a 98, archivo “04. ContestaciónPorvenir.pdf”, expediente digital)**, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe 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.

⁷ Audiencia del 13 de diciembre de 2021, récord 05:22

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un

principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen, efectivo el **28 de marzo de 1996** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (el traslado efectuado a Horizonte, lo hizo en el año 2004, fecha anterior a la absorción de dicha administradora por parte de PORVENIR S.A., que acaeció en el año 2013 *folios 265 vto. y 266 vto.*) 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 y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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 resulten relevantes 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, en tratándose 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 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, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral

ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

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

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

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en*

*cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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,

⁸ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de septiembre de 2021 (página 1 y2, archivo “05AutoFijaFecha.pdf”, expediente digital).

*normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

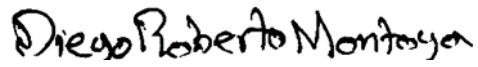
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 OLGA LUCIA GUEVERA ALBA
CONTRA EUROCIENCIA COLOMBIA S.A.S (RAD. 07 2019 00732 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 las partes (folios 3 a 4 y 5 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,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 9 de junio de 2021 (*Audiencia de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:44:22, archivo “10.AudioArt.80cpl.mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la empresa demandada EUROCIENCIA COLOMBIA S.A.S de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por la señora OLGA LUCIA GUEVARA ALBA.

SEGUNDO: Dadas las resultas del proceso se declaran probadas las excepciones de fondo propuestas por la empresa demandada en su contestación.

TERCERO: Las COSTAS son a cargo de la demandante. Las agencias de derecho se tasan a favor de la empresa en \$600.000 pesos, en esta primera instancia.

CUARTO: ORDÉNESE la CONSULTA de esta sentencia ante el superior a favor de la señora demandante como trabajadora, por haber sido totalmente desfavorable a sus pretensiones, y así el superior revise la legalidad de lo decidido en esta sentencia de primera instancia.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria. En sustento de ello refiere, la demandada no practicó ninguna prueba, sino que lo hizo el señor juez quien efectuó el interrogatorio de parte que correspondía hacerlo al apoderado judicial de la encartada.

Por otro lado, dice, no se tuvo en cuenta como indicio grave la enfermedad constante de asma padecida por la actora y que “es muy fastidioso oír a una persona tosiendo a toda hora, luego hubo una discriminación por eso”, aun cuando la empresa “no quiso” decir en la misiva que su despido tuvo como sustento la enfermedad; sin embargo, a su juicio, está demostrado que fue por esa razón que finalizó su contrato, aunque después le acusen de un desfalco.

Señala, al momento del despido se violó el parágrafo del artículo 62, al no expresarle al trabajador los motivos o causas que dieron lugar a esa determinación “*callando de forma maliciosa*” y llamándola el día de su despido, a sabiendas que tenía una incapacidad, sin permitirle ir al médico a pedir otra, esto es, en lugar de posibilitarle ello primero.

Asevera, fue engañada por la empresa porque la citaron primero a hablar de unos precios y la sorprendieron con la carta que, considera, tenían elaborada antes de llegar a la compañía.

Sostiene, “*la misma Corte lo ha dicho, que aunque no presente una incapacidad grave si está enfermo no se le puede despedir*” y faltó el factor más importante que es el permiso del inspector del trabajo quien no autoriza el despido cuando el trabajador está enfermo, aunque no esté incapacitado, sobre todo si tiene una enfermedad crónica¹ (Audiencia de Trámite y Juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:45:15, archivo “10.AudioArt.80cpl.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 en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 3 a 5, archivo “01. Cuaderno Principal.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos

¹ “Gracias su señoría, habiendo salido adversa la decisión de su despacho interpongo el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que revoque la sentencia por la manera en la que se está decidiendo.

En primer término, quiero agregar que la parte demandada no practicó ninguna prueba sino fue el señor juez que realizó el interrogatorio de parte, lo que le tocaba hacer al apoderado de la demandada.

Además, no se tuvo en cuenta que hay un indicio grave que es el de la enfermedad constante de asma, que sé que es muy fastidioso oír a una persona tosiendo a toda hora, luego hubo una discriminación por eso y no quiso decir en la carta que fue por enfermedad que la despidieron, es una discriminación, pero las circunstancias ven y dan por probado que fue por la enfermedad que se le despidió, porque después la acusan de un desfalco que jamás lo mencionaron en la carta de despido, y que por lo tanto, ha debido ser condenada la empresa porque en el momento del despido violó el artículo 62 en su parágrafo al no expresarle al trabajador los motivos o causas que dieron esa determinación callando en forma maliciosa, y llamándola el día de su despido a sabiendas que tenía una incapacidad para pedir otra, porque sería incapacitada no le permitió ir al médico, y la citaron bien temprano a la audiencia a la oficina, cuando han debido permitirle primero a donde el médico, porque ellos son los que dan las incapacidades, nadie da incapacidad sino un médico, por lo tanto, no pudo prestarla porque el empresaria la engañó, citándola a la empresa primeros para hablar de unos precios, y no fue para unos precios sino para sorprenderla con la carta que seguro ya tenían elaborada antes de llegar a la empresa, para engañarla de esa forma.

Yo en mi experiencia laboral he visto como hacen las empresas constantemente con el objeto de brindarle al trabajador los 180 días que manda la ley, y que la misma Corte lo ha dicho, que aunque no presente una incapacidad grave si está enfermo no se le puede despedir, a uno mismo como funcionario, que yo lo he sido, no lo pueden despedir tampoco, uno dice estoy de permiso y no puedo ir a practicar audiencias ni nada, no le va a tener a uno el Tribunal la carta o el Consejo Superior de la Judicatura para despedirlo de una forma a sabiendas que se está enfermo. Además, faltó el factor más importante que fue el permiso del inspector del trabajo, yo fui jefe del Ministerio del trabajo e inspector también, y lo primero que uno autoriza es que no despidan al trabajador porque está enfermo, aunque no esté incapacitado, si tiene sobre todo una enfermedad crónica como la cual iría hospitalizada todo el tiempo, por lo tanto, esa sentencia debe ser revocada en su totalidad por la manera como se ha decidido. Gracias su señoría.”

relatados en el acápite respectivo (páginas 5 a 9, *ibídem*), encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de noviembre de 2015 y el 26 de marzo de 2019, el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora, sin manifestar al momento del despido la causal o motivo de esa determinación, encontrándose en estado de enfermedad crónico, incapacitada y hospitalizada, y sin solicitar autorización del Ministerio del Trabajo. Además, que se establezca que su último salario correspondió a la suma de \$14.500.000 y que solicitó ante el juez constitucional el pago de la estabilidad reforzada pero le fue denegada porque debía reclamar ante la justicia ordinaria laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, respecto a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que no se acreditaban las condiciones para predicar la misma a favor de la trabajadora, por cuanto no probó una situación de salud que la pusiera en un estado de debilidad manifiesta al momento del despido, de la que tuviera además conocimiento su empleador, por ende no tenía fuero de salud y no se requería permiso del Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 11 de noviembre de 2015 y finalizó el 26 de marzo de 2019, por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora, con el correspondiente pago de la indemnización, aspectos que además de haber sido excluidos del debate, fueron así determinados por el juez de primera instancia sin reparo alguna por la recurrente y se constatan con la documental que milita en el plenario (*ver páginas 19, 128 a 139, 145, 150, 214 a 226 y 244 a 252, archivo “01. Cuaderno Principal.pdf”, expediente digital*).

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

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

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

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

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

(...)

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

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral, excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)². Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que “la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación”.

Atendiendo tales orientaciones y descendiendo al caso concreto, ha de señalarse, el vínculo laboral entre las partes terminó el 26 de marzo de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora (páginas 19 y 145, archivo “01.CuadernoPrincipal.pdf”, expediente digital), y en ese sentido, entra la Sala entonces a verificar si en el caso de marras se

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

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

encuentran acreditados los presupuestos antes señalados, a efectos de dar aplicación a la Ley 361 de 1997.

Así, dentro del material probatorio se advierte copia de la historia clínica de la demandante del 19 al 29 de marzo de 2019 (*archivo “02. Historia Clínica Dte.pdf”, expediente digital*), en la que, como situaciones relevantes, se evidencia que el 19 de marzo de 2019 acudió por el servicio de urgencias - consulta médica general porque *“hace dos días está con dolor de cuerpo garganta fiebre tos antecedente de asma”*, por lo que es diagnosticada con *“bronquitis aguda no especificada”* y *“asma mixta”*. Ese mismo día, el galeno tratante decide dar salida con suministro de medicamentos e incapacidad por 4 días –hasta el 22 de marzo de 2019- (*página 17, ibídem*).

Luego se observa atención del 26 de marzo de 2019 a las 2:05 p.m. por medicina general, con motivo de *“crisis asmática desde hace 8 días (...) re consulta por exacerbación de la crisis no mejora desde ayer con dificultad al respirar sensación de ahogo, acompañado ahora de dolor de cabeza, dolor eva 6/10”* (*página 19, ibídem*), siendo diagnosticada con *“ASMA, NO ESPECIFICADA”* (*página 26 ibíd.*). Como plan de tratamiento se ordena radiografía de tórax y revalorar con resultados. Además se le realiza terapia respiratoria y consulta por medicina interna quien decide hospitalizar con *“intención de optimizar terapia respiratoria, esteroides endovenosos, destete de oxigenoterapia”* (*página 48, ibídem.*). La hospitalización se extiende hasta el 29 de marzo, en la que le otorgan incapacidad de 10 días *“a partir del ingreso”* (*página 271, ibíd.*)

También se aportó copia del certificado de incapacidad otorgada el 2 de septiembre de 2019 - posterior al despido- por el término de 3 días, bajo el diagnóstico ASMA (*página 73, “archivo 01.Cuaderno Principal.pdf”*).

Además se recibió el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la sociedad demandada³ y de la demandante OLGA LUCIA GUEVARA⁴. La primera indicó que cuando despidieron a la trabajadora no estaba incapacitada, además, desconocían su estado de salud y que padecía ASMA.

Por su parte la actora, indicó que desde el 17 de marzo de 2019 sufre de ASMA, estuvo enferma hasta el 22 siguiente y luego fue citada a la oficina y despedida, desconoce las razones. Señaló, llegó muy enferma a la reunión del 26 de marzo fue atendida por MAYERLI (sic) quien le entregó la carta de terminación, y luego del despido, dijo, llamó a su esposo y fueron al médico, siendo hospitalizada por 4 días, luego de los cuales, fue incapacitada por 10 días. Aseguró, el 26 de marzo no estaba incapacitada pero estaba enferma, su intención era ir al médico. Alegó no haber ido primero al servicio de salud porque la engañaron en la empresa para ir y que ellos ya conocían de sus crisis de asma.

³ Audiencia celebrada el 9 de junio de 2021, récord 20:00

⁴ Audiencia celebrada el 9 de junio de 2021, récord 04:53.

Con relación a este medio de prueba, vale acotar de cara a los reparos de la alzada, ninguna irregularidad se desprende del hecho de que el juez haya formulado preguntas a la demandante, no solo porque ello es autorizado por la norma procesal sino porque es su deber buscar la verdad real.

Asimismo, se recibió la declaración de MARYELI SIMQUEBA PRIETO⁵, especialista en gestión humana de EUROCIENCIA desde el 2 de mayo de 2017, quien indicó, el 26 de marzo de 2019, por instrucción del representante legal, se reúne con la demandante para dar por finalizado su contrato de trabajo. Asentó, ese día Olga llegó a la oficina, a realizar su jornada laboral normal, y es ahí donde le pide que se reúna con ella, no hubo citación previa, al menos de su parte. Comentó, la demandante se encontraba en perfectas condiciones de salud y no hizo comentario alguno sobre ello, tampoco le mencionó incapacidad alguna ni efectuó ningún reporte antes de esa fecha, pese a que dentro de sus funciones está el recibir las incapacidades de los empleados.

De los medios de convicción analizados, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (26 de marzo de 2019) la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud y aunque no se desconoce que en días anteriores al despido fue incapacitada por el término de 4 días, ello no la ubica per sé en un estado de “*discapacidad relevante*”⁶, en tanto no se acreditó que esta patología le generara una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas, pues no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a lo largo del tiempo de las que se pudiera inferir que para la demandante no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, por el contrario la testigo MARYELI SIMBAQUEBA PRIETO fue clara en mencionar que el día del despido se encontraba en perfectas condiciones de salud y no le hizo manifestación alguna frente a la misma, además se había presentado a laborar con normalidad ese día. Se reitera “*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*”⁷

Además, aunque en la fecha en que se produjo el despido la actora fue hospitalizada y posteriormente incapacitada, no puede perderse de vista lo confesado por esta en el sentido de que ello ocurrió con posterioridad a recibir la carta de terminación por parte de su empleador, es decir, para dicha calenda este último no tenía conocimiento de una situación de salud que la limitara para ejecutar sus actividades pues hasta el momento en que ocurrió el

⁵ Audiencia celebrada el 9 de junio de 2021, récord 34:40.

⁶ SL2841 de 2020.

⁷ SL 12998-2017.

despido, desconocía de la existencia de incapacidades vigentes, recomendaciones laborales, tratamientos médicos o diagnósticos que pusieran en evidencia las limitantes para ejercer la actividad para la cual fue contratada y, en todo caso, la circunstancia descrita no permite ubicar a la trabajadora dentro de las situaciones a las que refiere la jurisprudencia atrás citada, resultando insuficiente para definir la manera en que la misma impactó sus actividades laborales.

Enfatiza la Sala, ninguno de los medios de prueba de los incorporados al plenario acredita que la señora OLGA LUCÍA GUEVARA tenía una afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”⁸, ante la inexistencia de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades, recomendaciones, un grado de pérdida de capacidad laboral o afectación psicológico, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor, advirtiendo, ello no puede extractarse de los interrogatorios o el testimonio antes referenciado, en tanto nada se dijo sobre el particular.

Se itera, la Sala no cuenta con elementos para determinar que la promotora del juicio tenía algún grado de limitación en el instante en que finalizó su vínculo laboral, y de haberse verificado ello, lo cierto es que tal determinación no resulta suficiente para concluir la presencia de una “*discapacidad relevante*” o un estado de debilidad manifiesta, en los términos explicados por el órgano de cierre de esta jurisdicción, siendo insuficiente una incapacidad de solo 4 días, con antelación al despido, para determinar que no podía desarrollar sus actividades laborales con normalidad a partir de lo cual entonces, pudiera presumirse que el móvil de su despido fue su situación de salud.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud de la extrabajadora, estaría desvirtuada en el caso de marras independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa, porque como quedó analizado, para ese momento la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta o discapacidad relevante.

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

Vale la pena señalar, frente a lo alegado por el recurrente respecto al desconocimiento del parágrafo del 62⁹ del C.S.T que, el artículo 64¹⁰ ejusdem establece que en todo contrato de

⁸ Corte Constitucional T-041 de 2019.

⁹ “**Artículo 62 Terminación del contrato de trabajo por justa causa.**”

trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, y en ese sentido, confiere tanto al empleador como al trabajador, la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo “sin justa causa comprobada”, advirtiéndolo, si este proviene del empleador o da lugar a ella, debe pagar una indemnización al trabajador la cual comprende el lucro cesante y el daño emergente¹¹.

Bajo tal entendido, es claro que las partes en el marco de un contrato laboral cuentan con la potestad de resolverlo en cualquier tiempo, siempre que se satisfaga la indemnización respectiva contenida en la ley, al margen de los motivos que se exterioricen, a menos que se trate de una terminación amparada por una justa causa legal.

A voces del Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria “la potestad de que está investido el empleador para poner fin al contrato de trabajo, es una de las manifestaciones más palpables del poder subordinante que le conceden las normas jurídicas, con el inocultable propósito de permitir que organice la empresa conforme a su criterio y procure el mantenimiento de la disciplina y el orden, en perspectiva de alcanzar mejores resultados en su ejercicio empresarial. De esta suerte, ante la comisión de una falta disciplinaria, **el empleador cuenta con la facultad de imponer las sanciones legalmente consagradas, o despedir al trabajador cuando se trate de una de las causales establecidas en la ley o en los reglamentos de trabajo**” (SL-11123 de 2017, Negrilla y Subrayas de la Sala)

PARÁGRAFO: La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”

¹⁰ “ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”

¹¹ Dicha preceptiva, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, tiene como fundamento un “sistema tomado del derecho contractual privado tradicional de consagrar el incumplimiento de una de las partes como condición resolutoria del vínculo para imputar a la parte fallida el pago de los perjuicios comprendidos por el daño emergente y el lucro cesante. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 115 de 26 de septiembre de 1991. Rad. 2304)

Al tema, debe tenerse en cuenta, por regla general, Colombia ha optado por la estabilidad laboral relativa, que supone la facultad del empleador de establecer contratos a término fijo y de finiquitar la relación sin que medie justa causa, previo al pago de una indemnización, descartando de contera la aplicación del Convenio 158 de la OIT, no ratificado por este país, que predica la “estabilidad plena en el empleo” la cual implica que no puede acabarse un pacto contractual sino únicamente cuando se demuestre que el objeto o la función de lo contratado ha desaparecido o que está de por medio una justa causa¹². Así lo ha dejado

¹² Puntualmente la Corte Suprema de Justicia Sostuvo, en sentencia SL11123 de 2017, lo siguiente:

“cabe indicar que la estabilidad plena en el empleo como componente del derecho laboral, significa que no puede acabarse un pacto contractual sino únicamente cuando se demuestre que el objeto o la función de lo contratado ha desaparecido o que está de por medio una justa causa; tal dogmática normativa ha suscitado interés doctrinal y de esa tesis ha emanado la reivindicación de la función social del trabajo y el desvanecimiento de su criterio como mercancía, al punto que la propia Organización Internacional del Trabajo expidió el Convenio 158, no ratificado por Colombia, en sintonía con lo descrito.

Pese a lo anterior, tal instrumento ha sido descartado en su aplicación en el país, en estos eventos, al existir disposición que regule la materia y en atención a que en providencia CSJ SL 30, ene, 2013, rad. 38272, se considera sobre el carácter supletorio del citado Convenio 158:

En lo que atañe al Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, Nro. 158 (1982) de la OIT, que según el recurrente debe tenerse en cuenta en este caso como norma de aplicación supletoria, en particular su artículo 7º, que señala que “[N]o deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”, la Sala puntualiza:

1. Según los artículos 53, inciso 4º y 93 de la Carta, los convenios internacionales del trabajo “hacen parte de la legislación interna”, o “prevalecen en el orden interno” siempre y cuando cumplan la condición de haber sido ratificados por el estado colombiano¹². Mientras no lo sean, no se consideran normas principales dentro del orden jurídico interno. Como bien lo asevera el recurrente, el Convenio 158 de la OIT no está ratificado por Colombia y por tanto no es norma principal. Ante lo anterior, la Sala analizará si –como lo afirma el censor-, dicho instrumento puede fungir como norma supletoria.

2. El artículo 19 del CST ordena que cuando no exista “norma”¹² que regule exactamente el caso controvertido, habrá de recurrirse a la aplicación de normas supletorias. Es decir, los casos deben resolverse, prevalentemente, con normas principales, cuando ellas existan. Más si no hubiere norma principal que regule exactamente el caso, o existiendo ésta el caso posea aspectos que ella no alcanza a regular totalmente, el juez ha de recurrir a la aplicación de normas supletorias. Las normas supletorias o suplementarias son, por ende, subsidiarias; es decir, son llamadas a suplir la carencia total o parcial de regulación principal y, en consecuencia, no pueden sustituir a las normas vigentes principales, existentes en el ordenamiento jurídico, que regulen un caso. El mencionado artículo 19 del CST señala como normas supletorias aquellas normas vigentes en el ordenamiento que regulen casos o materias semejantes (analogía), los principios que se derivan de esa codificación, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina y los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo. Pero también incluye en la enumeración a los convenios y recomendaciones adoptadas por la OIT en sus conferencias internacionales. En el contexto del artículo 19, acompasado con los principios y reglas de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia entiende que los convenios de la OIT señalados en este precepto no son otros que aquellos instrumentos no ratificados, ya que los que están ratificados –según los cánones 53 y 93 superiores- son parte de la legislación interna o prevalecen en ella y, por tanto, son normas principales y no supletorias¹².

3. Ahora bien, por regla general, el juez tiene siempre el deber de fallar de forma integral y no puede rehusarse a hacerlo bajo el pretexto de “silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”¹². Es decir, cuando el juez encuentre lagunas o vacíos normativos, por ausencia de norma principal que regule el caso, o por insuficiencia de la que exista, deberá recurrir a las fuentes supletorias. Es de esta manera como un convenio de la OIT no ratificado por el Estado colombiano puede fungir como norma subsidiaria o supletoria. O sea, tal convenio únicamente sería aplicable en ausencia, o ante insuficiencia, de una norma principal vigente, exactamente idónea para subsumir al caso controvertido, y además cuando sea ese instrumento internacional el que, comparativamente con otras fuentes supletorias, ofrezca una regulación más específica y favorable.

4. Pero, aparte de contener regulaciones de las que adolezca la normativa principal vigente, para poder ser aplicados como normas subsidiarias los convenios de la OIT no ratificados deben reunir una segunda condición, según las voces del citado artículo 19 del CST: deben ser funcionales al sistema normativo laboral colombiano. Utilizando la expresión literal del legislador, esos convenios no ratificados solamente podrán fungir como normas

sentado la Corte, entre otras, en sentencia SL 10106 de 2014, en la que determinó:

“El régimen laboral colombiano –tanto en el sector particular como en el público-, opta en general por un sistema de estabilidad laboral relativa, que consiste en que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa, o en ausencia de ésta, pagando una indemnización al trabajador, salvo entre otras, en las situaciones de estabilidad laboral reforzada”.

Bajo tal entendido, en principio, la decisión del empleador de dar por terminado un contrato de trabajo sin justa causa se encuentra amparada por la ley y por la Constitución, siendo esta legítima en la medida que se resarzan los perjuicios causados al trabajador con tal determinación¹³, por cuanto se compadece con la necesidad de adecuar el derecho a la realidad económica, la generación de empleo y los intereses comerciales del empleador.

Atendiendo tales parámetros, la facultad del empleador de poner fin unilateralmente a una vinculación laboral, sin justa causa, lo exime de la obligación de motivar su decisión dándole

de aplicación supletoria “en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país”. Con otras palabras, el convenio no ratificado debe armonizar axiológica o ideológicamente con el sistema jurídico laboral colombiano.

5. De lo dicho hasta acá, la Sala encuentra que se yerguen dos escollos para la aplicación del Convenio 158 de la OIT como norma supletoria en Colombia:

En primer lugar, como quedó visto, existen en el ordenamiento colombiano disposiciones legales principales que regulan todo lo concerniente al caso aquí analizado, como el trámite de la declaratoria de ilegalidad de un cese o suspensión de actividades, el grado de participación de los trabajadores en él, la facultad del empleador para despedir en tal evento, y los efectos o consecuencias de esa determinación. Y existiendo tales disposiciones principales, no hay una laguna normativa en el ordenamiento jurídico sobre esta materia, que esté llamado a llenar el mencionado convenio internacional no ratificado, ya que, según las voces del artículo 19 citado, hay en este caso “norma exactamente aplicable al caso controvertido”.

En segundo lugar, aún en la hipótesis de que no existieran normas principales exactamente aplicables al caso controvertido, tampoco se abriría la posibilidad de aplicar el Convenio 158 de la OIT como norma supletoria en Colombia, pues dicho instrumento no está en concordancia con “las leyes sociales del país”. O sea, no es afín axiológicamente con el ordenamiento. En efecto, dicho instrumento es funcional para sistemas laborales caracterizados por una estabilidad llamada por algunos doctrinantes como propia y que consiste en que el trabajador únicamente puede ser despedido por su empleador con fundamento en una justa causa. Así, el artículo 4º del mencionado convenio –precepto no mencionado por el recurrente-, impide al empleador terminar el contrato celebrado con el trabajador, “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, excepto cuando “no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. El procedimiento que entroniza el convenio en su artículo 7º -aducido por la censura como parte de la proposición jurídica del cargo-, es concordante con el ya transcrito precepto contenido en el artículo 4º.

*En contraste, el régimen laboral colombiano –tanto en el sector particular como en el público-, opta en general por un sistema de estabilidad laboral impropia o relativa, que consiste en que el empleador privado u oficial puede dar por terminado el contrato de trabajo, bien aduciendo una justa causa, o en ausencia de ésta pagando una indemnización al trabajador (salvo situaciones de estabilidad reforzada)*¹² (Subrayado fuera del texto).

(...)

Es evidente, entonces, que siendo la estabilidad laboral impropia la regla general en Colombia, en tanto que el Convenio 158 preconiza la estabilidad laboral propia, no como regla general, sino como parámetro homogéneo que ha de imponerse para cualquier relación laboral, este instrumento internacional no concatena ideológicamente con las actuales leyes sociales de Colombia en la materia. Y al no cumplir con esa condición señalada por el artículo 19 del CST, no puede ser aplicable como norma supletoria, tal y como lo pretende el censor.”

¹³ En ese sentido lo indicó la Corte Constitucional en sentencia T-462 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

la posibilidad de prescindir de las razones consideradas por este, que incluso pueden no existir¹⁴.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

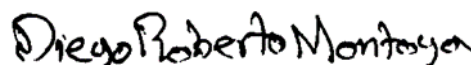
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

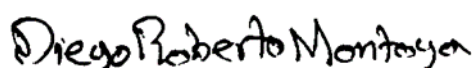

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 \$600.000, 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

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 30 de julio de 2014. Rad. 38288.

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMENZA ZARCO
PRIETO CONTRA DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LINDA VANNESA BARRETO SANTAMARIA 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 SAS (fl. 18).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (folios 20 a 24), y por las demandadas COLPENSIONES (folios 10 a 14) y PORVENIR S.A. (folios 4 a 8), 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 PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A Y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 20 de agosto de 2021 (*Audiencia, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, exp. Virtual archivo 39 Audio Sentencia.mp4*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante CARMENZA ZARCO PRIETO con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, el 28 de junio de 1996 contenida en formulario N° 746940 y con la AFP PROTECCION de fecha 20 de febrero de 2002 contenido en el formulario número 5865754.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante CARMENZA ZARCO PRIETO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES Y PORVENIR a devolver todos los gastos de administración, comisiones y cualquier emolumento que se hayan descontado de los aportes pensionales a la demandante, mientras estuvo afiliada a cada uno de los regímenes, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales de 1985.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR.

SEXTO: Las costas son a cargo de PROTECCIÓN Y PORVENIR. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de estos fondos privados. No hay lugar en condena en costas contra COLPENSIONES.

SEXTO (sic): ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación, y a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque la decisión de primer grado, toda vez que no es cierto lo expuesto por la parte actora sobre la falta de información y las connotaciones del régimen de ahorro individual; la parte demandante aceptó haber recibido información completa para su cambio de régimen y su decisión no se encuentra viciada de nulidad, pues de su interrogatorio se extrae, era de su conocimiento que podía hacer aportes voluntarios, se podía pensionar antes de la edad requerida en prima media.

Afirmó, la solicitud de la demandante tiene como origen su inconformidad con la mesada pensional a que tendría derecho en el RAIS y por ello pretende ahora retornar a COLPENSIONES, afectando a dicha entidad y a sus afiliados¹ (exp. Virtual archivo 39 Audio Sentencia.mp4 record 46;16),

¹**Apoderada COLPENSIONES (46:16):** Gracias señor juez, siendo esta la oportunidad legal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, atendiendo que Perdón, solicitando muy respetuosamente a los magistrados, se sirvan revocar la misma, toda vez que si bien reconoce el fallador de instancia en las consideraciones de la sentencia proferida, que no se dan los presupuestos establecidos en la ley ni los jurisprudenciales para realizar el traslado de régimen pensional. Lo cierto es, lo cierto es que, obviamente, está declarando la ineficacia o en nulidad del traslado, cuando es obvio que la demandante sí recibió información para llevar a cabo su afiliación o su traslado del régimen del régimen de Prima media con prestación definida al RAIS, razón por la cual no es dable en esta instancia, que actualmente se desconozcan los principios del Derecho civil que rigen todo contrato para que se lleve a

Por su parte la apoderada de PROTECCIÓN S.A, apeló la decisión proferida por el juez de primera instancia en relación con la orden de trasladar el valor de los gastos de administración y el seguro previsional a COLPENSIONES, aspectos frente a los que señaló, las administradoras del RAIS a que la demandante estuvo afiliada adelantaron su función administrativa que conllevó a la generación de unos rendimientos a su favor; estos dos descuentos están previstos en la ley y no comportan un detrimento al patrimonio de la demandante por lo que no es aceptable sancionar con la devolución de estos conceptos a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, convocadas al proceso².

cabo un traslado del régimen que goza de pleno validez. Es decir, la afiliación de la demandante en ningún momento se encuentra viciada de nulidad e ineficacia por falta de información, pues tal como lo reconoció en la misma demandante en él, en el interrogatorio de parte surtido es claro que recibió la información, es decir, sabía que podía realizar aportes voluntarios sabía que se podía pensionar antes de la edad establecida en el régimen de prima media, con prestación definida, por lo que pues no es válido que años después simplemente porque ahora su, se ve afectada económicamente en su mesada pensional, pretenda hacer ver que existieron vicios en su contratación o en el acto jurídico que se llevó a cabo al momento de afiliarse al RAIS y que por ello pretenda ahora devolverse al régimen de prima media, pues afectando no solamente la entidad sino a todos los afiliados que se encuentran adscritos a la misma.

Es por ello señores magistrados, que solicito muy respetuosamente se sirvan revocar la sentencia proferida. En estos términos dejo por sentado mi recurso de apelación, muchas gracias señor juez.

² **Apoderada PROTECCIÓN (49:02):** Señor juez muchas gracias igualmente a interponer ante el despacho el recurso de apelación por parte de PROTECCIÓN S.A por apartarnos de la sentencia que acaba de ser proferida por el mismo. De manera inicial, me permito precisar que este recurso se presenta de manera parcial y concretamente en contra de la orden impartida por parte del juzgado tendiente a trasladar con destino COLPENSIONES lo correspondiente a los gastos de administración y al seguro previsional sustento entonces mi recurso en los siguientes términos.

Es claro, señores magistrados, que conforme a la Corte Suprema de Justicia y a la jurisprudencia que se ha emanado de la misma, el efecto que se persigue a través de estos procesos es asumir que la afiliación o el traslado del régimen pensional efectuado por los demandantes, nunca existió y se toma entonces por inexistente, teniéndose en contraposición que los afiliados se han mantenido de manera ininterrumpida vinculados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Por ello, entonces debe emitirse una condena que resulte congruente con ese efecto que se persigue, que es propiamente la inexistencia de dicho traslado. Por ello, sugiero muy respetuosamente, señores magistrados, ubicarnos uno en uno de dos panoramas que a continuación procedo a exponer.

El primero, asumir que el efecto la demandante nunca se trasladó al régimen pensional y se mantuvo de manera interrumpida vinculada a COLPENSIONES, por ello, entonces debería reconocerse que no se efectuó función administrativa alguna por parte de PROTECCIÓN S.A y en consecuencia, no existen los rendimientos que en este momento se han causado y que conoce de manera plena el despacho, tampoco se cobra una cuota de administración, ni tampoco se cobró lo correspondiente a unos gastos de administración. Por ello, entonces sería pertinente trasladar con destino a COLPENSIONES lo correspondiente a las cotizaciones íntegras, sin haber descuento por gastos de administración y seguro previsional o sin incluir también esa suma de dinero, lo correspondiente a los rendimientos. Pues reiteró es una actividad que se está

POVENIR S.A presentó su recurso de apelación con sustento en la imposibilidad de aportar medios de prueba relativos a la información que se le brindó a la demandante, en atención a que para la época en que se verificó el traslado no existía obligación legal de dejar documentado el suministro de información, sino la simple suscripción del formulario de afiliación.

Contrariamente, la demandante inobservó sus obligaciones como consumidora financiera y no falta de diligencia por parte de las administradoras.

Pidió, en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado, se absuelva a esa entidad de la devolución de los gastos de administración, en el entendido que como lo ha señalado la Superintendencia Financiera, solo se deben devolver las cotizaciones y sus rendimientos. Estimó, dicho concepto corresponde al pago a su representada por su buena gestión. Agregó, si la demandante hubiera

tomando por inexistente conforme a la consecuencia jurídica que se atribuye en estos procesos.

Un segundo panorama es asumir igualmente que la afiliación de la demanda al RAIS no existió, pero que se hubiera podido generar esos rendimientos en los mismos términos y en la misma cuantía por parte del COLPENSIONES, cuando si COLPENSIONES hubiera estado en cabeza de la administración de estos recursos, también sería necesario entonces tener en cuenta que COLPENSIONES fue en su momento el Instituto de los seguros sociales, hubiera cobrado o descontado lo correspondiente a los gastos de administración del seguro previsional, pero entonces sería pertinente trasladar cuando sino COLPENSIONES, lo correspondiente al capital junto con los rendimientos, pero sin haber condena alguna por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

Insisto señores magistrados que se plantean estos dos posibles panoramas con la finalidad, no sólo de obtener una condena que resulte congruente, sino también de dar una aplicación congruente y plena al efecto de la ineficacia o la inexistencia, pues no puede tomarse en algunas situaciones por inexistente y mantenerse algunas en su vigencia o conservarse las consecuencias fácticas y jurídicas de otras de esas circunstancias, y el caso de trasladarse de manera conjunta todas estas sumas de dinero con destino a COLPENSIONES, pues no solamente se estaría incurriendo en una en un enriquecimiento sin causa por parte de esa entidad, sino que se estaría haciendo una aplicación parcial y caprichosa de esa ineficacia de su inexistencia.

Además, debe tenerse en cuenta que PROTECCIÓN S.A descontó lo correspondiente a estas 2 sumas de dinero por ministerio de la ley por mandato legal y en cumplimiento de lo dispuesto en la ley del año 1993, por ello entonces no hay lugar ahora, sancionarla con el traslado de estos dineros con destino a COLPENSIONES, ni mucho menos a considerar que puede considerarse, valga la redundancia, este descuento como un detrimento al patrimonio de la demandante, pues los rendimientos que se han generado en su cuenta de ahorro individual superan por mucho lo que se ha descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional, entonces en ese sentido de cualquier forma PROTECCIÓN está a COLPENSIONES una suma de dinero superior por mucho a la que hubiera recibido COLPENSIONES directamente de la demandante y sea entonces que lejos de causar sin detrimento, se ha beneficiado no solo la demandante, sino también COLPENSIONES de esta función administrativa efectuada por los fondos privados.

En estos términos, entonces dejó sustentado en mi recurso señores magistrados y solicitó modificar la decisión, habiendo lugar a la restitución en mutuas, muchas gracias.

permanecido afiliada a Colpensiones, allí también le hubieran efectuado un descuento destinado a administración.³

³ **Apoderado PORVENIR (53:34):** Su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación total contra la sentencia proferida por su señoría, solicitando respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoquen la totalidad de la sentencia aquí impartida, con base en las siguientes consideraciones.

Respetuosamente no comparte este suscrito la posición adoptada en primera instancia consistente en declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante argumentando (inaudible), los fondos privados no trajeron pruebas que constaran la información que se le brindó a la potencial afiliada para ese momento. Toda vez que para ese momento en el cual se realizaron los traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, y posteriormente a la AFP PROTECCIÓN no existía la obligación de dejar documentada la información que se le brindaba al potencial afiliado, razón por la cual la afiliación solamente se materializaba con la suscripción del formulario de afiliación, y la información de manera verbal que se impartía para ese momento.

Razón por la cual, al no existir un requisito adicional fuera de la información verbal y el formulario de afiliación, suscripción del mismo se trataba de la materialización de forma válida de afiliación al mismo, toda vez que los documentos son públicos, son auténticos y en ningún momento fueron tachados por la parte demandante, cumplieron con todos los requisitos de ley que estaban vigentes para ese momento, y como consecuencia el traslado entro a la vida jurídica de forma válida y efectiva.

Ahora bien, lo que se puede constatar es una falta del cumplimiento de la obligaciones como consumidora financiera que le consisten a la parte demandante, toda vez que en virtud del (inaudible) de 2010, en ningún momento se informó con relación al traslado que se estaba realizando de manera inicial con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, ni de manera posterior con la AFP PROTECCIÓN, razón por lo cual, lo que se puede ver una falta en el incumplimiento de las obligaciones que le asisten a la misma y no una falta de diligencias u obligaciones que le asisten a las AFP involucradas.

Ahora bien, solicitarle respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en caso que considere que si debe confirmar la decision ateniendo a confirma la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante pues primero que se absuelva a mi representada a devolver las comisiones de administración que se ordenaron en el fallo de instancia, toda vez que como se ha establecido por concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia y por la ley 100 de 1993 cuando hay lugar del traslado o ineficacia o nulidad del mismo, solamente se debe devolver las cotizaciones, junto con los rendimientos, sin que hubiere lugar a devolver las comisiones de administración, máxime cuando este concepto está destinado o con una retribución a mi representada por la buena gestión que ejerció durante el tiempo en el cual estuvo vinculada la parte demandante, con (inaudible), cuenta de ahorro individual razón por la cual devolver esta suma de dinero a COLPENSIONES implica un enriquecimiento sin causa. Maxime en caso en que la actora haya permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida lo cierto es que igualmente en ese régimen el 3% de la cotizacion está destinado a financiar la comisión de administración, la pensión de invalidez y sobrevivencia, razón por la cual igualmente se le hubieran generado esos descuentos.

Ahora bien, si en efecto la ineficacia jurídica es entender que no existió contrato de afiliación entre la parte demandante y el mi representada, lo cierto es entender que tampoco existió una administración y en consecuencia de está no se generaron rendimientos, sin embargo, pese a esto, en sede de instancia se le está otorgando efectos a la ineficacia jurídica solamente con relación a la parte demandante, sin que haya lugar los efectos jurídicos a la parte demandada, bajo ese supuesto la ley 100 establecía que el efecto jurídico de las restituciones mutuas, razón por la cual a la demandante no tendría que devolverse los rendimientos que no existieran y precisamente no devolver las comisiones de administración, sin embargo, si mi representada no está en contra que se devuelvan los rendimientos, lo cierto es que si se incita al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, que revoque la aplicación de los efectos que se les está dando a la ineficacia jurídica pues no solamente una de las partes está obligada a hacer

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*exp. Virtual archivo 03 2020-00103 folio 5 pdf*) **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo** (*exp. Virtual archivo 03 2020-00103 folio 3 pdf*), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se declare la ineficiencia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se declare que la demandante nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto siempre se mantuvo en el Régimen de Prima Media, dado que se presentó dicho traslado de forma viciada. Expuestas la solicitudes declarativas, la parte demandante solicita se condene a las demandadas a trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes y sus rendimientos desde el año 1996; a trasladar a COLPENSIONES toda la información referente a la historia laboral de la demandante; condenar a COLPENSIONES a anular la registro de traslado al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad y a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM, a PROTECCION S.A a pagar a COLPENSIONES el valor de los gastos de administración, debidamente indexados, 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, y en consecuencia se ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, incluyendo gastos de administración y comisiones, que deberán ser pagados en forma indexada. Se ordenó a COLPENSIONES a recibirla como afiliad sin solución de continuidad. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de

restituciones mutuas, en este caso las AFP privadas y mientras a que la demandante no está obligada a hacerlo, máxime cuando en ningún momento la ley le otorga estos efectos a la ineficacia jurídica. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación y le solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia aquí impartida. Muchas gracias.

Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

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 19 de septiembre de 1966 (*exp. Virtual archivo 03 2020-00103 folio 23 pdf*), por lo que la edad de 57 años, la alcanzará el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de diciembre de 2019 (*exp. Virtual archivo 03 2020-00103 folio 34 pdf*) y a PROTECCIÓN el 17 de diciembre de 2019 (*página 26, ibíd.*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional - tenía 57- 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 460 semanas cotizadas al sistema (*exp. Virtual archivo 10 contestación de la demanda-Colpensiones fl. 2020-00103 folio 61 pdf*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro

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 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **28 de junio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de agosto de 1996** (exp. Virtual archivo 13 contestación Porvenir fl. 2020-00103 folio 61 y 63 pdf), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación emitida por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas

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

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 Horizonte, hoy PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso

reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el ISS se iba a acabar, sin que se le advirtiera sobre los rendimientos, requisitos para pensionarse, entre otras especificidades del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. (*exp. Virtual archivo 13 contestación Porvenir fl. 2020-00103 folio 61 y 63 pdf*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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 (*exp. Virtual archivo 13 contestación Porvenir fl. 2020-00103 folio 67 a 69 pdf*), 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 al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de

⁷ Audiencia virtual , realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 07:23 *archivo 37. AUDIO ART. 80CPL.MP4*”, expediente digital

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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. (antes Horizonte Pensiones y Cesantías) , omitió en el momento del traslado de régimen (28 de junio de 1996, efectivo el 01 de agosto de 1996), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*exp. Virtual archivo 13 contestación Porvenir fl. 2020-00103 folio 61 pdf*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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 párrafo 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 PORVENIR y PROTECCIÓN, esta última 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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 PORVENIR S.A. y PROTECCION 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 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 que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (fl. 1 archivo 19. Auto tiene por contestada pdf) 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 2 de junio de 2021.

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, (...)” (Negritas y subrayas fuera de texto)

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NANCY PATRICIA PEÑA ROMERO CONTRA IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S. (RAD. 08 2019 00629 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 (fl 241 a 243) y las demandadas IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S. (folios 227 y 228) y MEDIMAS E.P.S. S.A.S. (fl. 229 a 240) y la parte demandante (fls. 241 a 243), 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 el apoderado de la sociedad IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S., contra la sentencia proferida por la Juez Octava (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021 (Audiencia Virtual de Trámite y Juzgamiento realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 221, récord 38:52, acta a folio 222), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S a pagar a la demandante señora NANCY PATRICIA PEÑA ROMERO la suma de \$23.869.645 pesos por concepto de indemnización por despido sin justa causa de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, suma que debe ser cancelada debidamente indexada al momento del pago, de conformidad con las motivaciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada MEDIMAS EPS S.A.S de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y ausencia de causa relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a carago de la parte demandad IQ OUTSOURCING S.A.S, liquídense por secretaria fijándose como agencias en derecho la suma \$908.526 pesos.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S. interpuso recurso de apelación aduciendo, el contrato de trabajo por obra o labor puede ser generalmente indeterminable; si fuera determinable se trataría de un contrato a término fijo. Teniendo en cuenta que lo que en este tipo de contrato se busca es el cumplimiento de una obra o labor específica, en el caso de la demandante, esto se constataba con las auditorías que la sociedad realizaba por el contrato comercial suscrito entre IQ OUTSOURCING y MEDIMAS EPS.

Refirió, el contrato de trabajo de la demandante estaba atado al contrato de prestación de servicios, que en su cláusula 7° establece una duración de 2 años o hasta agotar el presupuesto; lo que ocurrió primero, como lo manifestó el representante legal de la sociedad en su interrogatorio y se corroboró con la prueba documental aportada. Como era indeterminable la fecha de finalización de la obra para la cual había sido contratada la demandante, la sociedad pagó quince días de indemnización, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 64 C.S.T., A su juicio, no le asiste razón a la juez a quo al ordenar el pago de la indemnización hasta el 30 de agosto de 2019, porque el contrato no llegó hasta esa fecha, dado que el presupuesto se agotó con anterioridad, como se le informó a MEDIMÁS en su momento¹ (Audiencia Virtual, Cd folio 221, récord 40:05).

¹ “**Apoderado IQ (40:05):** Muchas gracias señora juez, de manera respetuosa presento recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, para lo cual solicito al despacho respetuosamente habilitarme el espacio para sustentarlo en esta misma diligencia. Teniendo en cuenta el resultado del proceso se solicita al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el Despacho, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

Señala el despacho que efectivamente entre las partes existió un contrato de trabajo, esto es entre la señora NANCY y mi representada, lo cual no está en discusión, desde el inicio del contrato, desde el inicio del proceso pues se confesó por parte de mi representada que efectivamente así había sido, en lo que existe discusión es la forma de terminar la indemnización que le correspondía a la demandante, por la indemnización por despido sin justa causa que efectivamente ocurrió dentro de este trámite, así las cosas pues se debe tener en cuenta que el contrato por obra o por labor puede ser o generalmente es indeterminable, pues si fuera determinable lo estaríamos confundiendo con un contrato de trabajo a termino fijo, lo cual no es aplicable a esta figura, teniendo en cuenta lo que se busca el cumplimiento de una labor u obra específica, para el cumplimiento de la demandante pues eran las auditorias que mi representada realizaba por el contrato comercial suscrito entre MEDIMAS y la unión temporal IQ OUTSOURCING.

Así las cosas, pues se debe tener en cuenta que como bien lo dijo el Despacho el contrato de trabajo de la demandante estaba atado a ese contrato de prestación de servicios donde claramente se estableció en su cláusula 7, que efectivamente el contrato tendría una duración de 2 años o hasta agotar el presupuesto, lo cual ocurrió primero en este caso como efectivamente lo señalo la representante legal de la empresa en su interrogatorio de parte, el cual pues obviamente es una confesión que se realizó dentro de la misma, y se probó con la prueba documental donde claramente donde IQ pudo demostrar claramente lo que ocurrió primero en este escenario era el agotamiento del presupuesto, por lo cual era indeterminable la fecha de finalización o la fecha final de la obra para la cual había sido contratada la demandante, y en razón a ello, pues atendiendo las disposiciones del artículo 64 del Código Sustantivo, esto es , pagara mínimo 15 días de indemnización en la medida en que no se logrará establecer hasta cuando iría la obra o la labor para la cual fue contratado el trabajador, como efectivamente lo hizo mi representada, cumpliendo de esta manera con la mencionada

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 NANCY PATRICIA PEÑA ROMERO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (folios 6 a 8), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 4 a 6), solicitando se declare que entre la demandante y la sociedad IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S. existió un contrato de trabajo por obra o labor, que se extendió entre el 21 de junio de 2018 y el 18 de diciembre de 2018 sin solución de continuidad, se declare que fue despedida de manera anticipada e injusta; se declare la sociedad MEDIMAS EPS debe concurrir solidariamente en las resultas de la sentencia; como consecuencia de estas declaraciones, se condene a las demandadas a pagar en forma solidaria, la indemnización por despido anticipado e injusto, la indexación de las sumas objeto de condena, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a I.Q. OUTSOURCING S.A.S. a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T en cuantía de \$23'869.645,00. Lo anterior tras considerar la *a quo*, que para la fecha en que la demandante fue desvinculada, el contrato de prestación de servicios celebrado entre las sociedades demandadas continuaba vigente y terminó el 30 de agosto de 2019; es decir, para la fecha de terminación del contrato de la actora, el citado contrato comercial entre las demandadas continuaba ejecutándose. Recabó en que la terminación del contrato por obra o labor, no obedece a la voluntad del empleador

normatividad, en razón de ello, no tendría aplicación lo manifestado por el Despacho en su sentencia, esto es liquidar y ordenar el pago de la indemnización hasta el 30 de agosto de 2019, pues hasta dicha fecha no llegó el contrato de prestación, dado que el agotamiento del presupuesto fue anterior, como efectivamente se le hizo saber a MEDIMAS en su momento, donde se le comunicó mediante escritos dirigidos a esta que próximamente se iba acabar el presupuesto y solo se recibirían hasta una fecha determinada las revisiones médicas que tenían realizar IQ en razón del contrato de prestación de servicios, cosa que obviamente se logró demostrar dentro de este proceso, pero al tener en cuenta que la terminación del contrato de la demandante esto es el 19 de diciembre de 2018, eso no era determinable aun y en razón de ello, lo que le correspondía a mi representada era el pago de la indemnización de los 15 días establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, de esta menar consideramos que no es acertado la decisión de despacho de imponer este tipo de condena a mi representada. Por lo cual se solicita respetuosamente sea revocada la sentencia en su totalidad, con base a los anteriores fundamento y también los mismos expuestos dentro de la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en la misma.

De esta manera dejo sustentado el recurso de apelación solicitando respetuosa al Despacho que el mismo sea concedido remitiendo el expediente al Tribunal Superior de Distrito Judicial de esta ciudad para el trámite correspondiente en segunda instancia. muchas gracias.”

o del trabajador, sino a la esencia misma del servicio prestado; es decir, las partes saben que el contrato durará el tiempo que sea necesario para llevar a cabo una actividad determinada. Concluyó la inexistencia de solidaridad de la demandada MEDIMÁS EPS, frente a los derechos reclamados en la demanda y encontró que no operó el fenómeno de la prescripción.

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

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre Nancy Patricia Peña Romero y la sociedad IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S.- IQ OUTSOURCING S.A.S, mediante contrato de trabajo por obra o labor determinada, que se extendió entre el 21 de junio de 2018 y el 18 de diciembre de 2018, por virtud del que se desempeñó en el cargo de auditor médico odontólogo, con un salario correspondiente a \$3'000.000,00, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio, fueron aceptadas por la encartada desde la contestación de la demanda (folios 138 a 148) y se constata con el contrato de trabajo celebrado por las partes (fls. 31 a 36), carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 38) y certificación laboral expedida por la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S.

Tampoco es objeto de litigio, que el contrato de trabajo terminó sin que mediara justa causa para ello, pues así lo aceptó la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S., desde la contestación de la demanda (fl. 141) y consta en la carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 38) y en la liquidación final de prestaciones (fl. 41) de la que se colige el pago de \$1'630.355, correspondiente a quince días de salario, a título de indemnización por despido injustificado, por lo que, tal como lo determinó la juez de primer grado, el asunto a examinar se limita establecer si la liquidación por este concepto efectuada por la sociedad empleadora se ajusta a derecho, o si por el contrario, corresponde a una suma superior.

Tiene en cuenta la Sala que la demandante fue vinculada mediante contrato por obra o labor, con motivo de la ejecución del contrato comercial celebrado entre la Unión Temporal IQEK (de la que hacía parte IQ OUTSOURCING S.A.S.) y MEDIMÁS EPS cuyo objeto era la prestación de servicios para la realización del trámite integral de cuentas médicas. En este sentido, en el escrito de contestación la citada demandada explicó, al momento de la terminación del contrato de trabajo de la demandante, era indeterminable el término de duración del contrato comercial

suscrito entre Image Quality Outsourcing S.A.S y MEDIMÁS E.P.S. y por ello no era posible calcular el periodo de duración de la obra o labor contratada, argumento que recalcó en la alzada.

Al tema debe recordarse, sobre la duración de los contratos de trabajo por el término de la obra o labor, de vieja data, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en ésta clase de contratos, su vigencia se encuentra sujeta a la finalización de la obra contratada, tal como lo expuso en Sentencia del 14 de julio de 1956, en la que señaló:

“Si el contrato se ajusta para que perdure tanto como la obra, debe ser el fin de la misma y no la voluntad de las partes la que normalmente debe servir para ponerle término. Razonablemente la duración de la obra o labor especial, depende de su propia naturaleza y no de la voluntad de los contratantes, y, por ello, para cuando una de esta clase, se contratan trabajadores, la ley entiende que su trabajo va a durar tanto tiempo cuanto sea necesario para dar fin a las obras citadas”.

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2176 del 15 de febrero del 2017, indicando:

“El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.

Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.

Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente, permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización.”

Con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala se remite al material probatorio obrante en el paginario, comenzando por el contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la sociedad IQ OUTSOURCING S.A. (fl. 31 a 36), que respecto a su duración, establece en su cláusula décimo segunda:

“El presente contrato, se considera para todos sus efectos pactado por duración de la obra o labor. Las partes hacen constar de forma expresa que la labor u obra objeto de este contrato a ejecutar, es la de desempeñarse en el cargo señalado, con motivo de la ejecución del contrato suscrito entre IQ OUTSOURCING y MEDIMAS; para efectos de detalles de las funciones se adjuntará el perfil del cargo, por tanto, la terminación, por

cualquier causa del mismo, conllevará la terminación de este contrato de trabajo, pues se habrá terminado la obra o labor respectiva”.

Obra en el expediente, el contrato No. DC-0192-2018, de prestación de servicios suscrito entre MEDIMÁS EPS y la unión temporal IQEK, de la que es parte la demandada IMAGE QUALITY OUTSOURCING S.A.S., de fecha 21 de mayo de 2018 (fl. 210 vuelto), que en su cláusula séptima establece:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. DURACIÓN. El presente contrato tiene una duración de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha de la suscripción por ambas partes del acta de inicio o hasta agotar presupuesto, lo que ocurra primero. Toda eventual prórroga del presente contrato debe ser formalizada por documento firmado por las partes”.

Absolvió interrogatorio la representante legal de la demandada IQ Outsourcing S.A.S. Paola Carolina Rey (audiencia 4 de agosto de 2021 record. 23:50, cd. flo. 218 archivo 1) Señaló como cierta la existencia de un contrato comercial entre su representada y MEDIMÁS, para la actividad de auditoría médica integral y la demandante fue vinculada por esa sociedad para el cargo de auditora en el area de odontología. Refirió el citado contrato comercial estableció que su duración sería por dos años o hasta agotar el presupuesto, lo que ocurriera primero y el contrato duró hasta el 30 de agosto de 2019 por agotamiento del presupuesto, que fue lo primero que ocurrió.

También absolvió interrogatorio Héctor Javier Peña Villamil, representante legal de MEDIMÁS (audiencia 4 de agosto de 2021 record. 31:29, cd. flo. 218 archivo 1), quien, como asunto relevante explicó, el contrato comercial para la auditoría médica, lo suscribió esa entidad con la Unión Temporal IQEK, de la que es parte IQ OUTSOURCING S.A.S.

Se recaudó el testimonio de Erika Lisbeth Vargas Morales, (audiencia 4 de agosto de 2021 record. 00:15, cd. flo 218 archivo 1A) quien manifestó fue empleada de IQ Outsourcing S.A.S. entre julio de 2018 y mayo de 2019 y para la época fue compañera de trabajo de la demandante quien también era empleada de la citada sociedad. Relató, estaban vinculadas mediante contrato por obra o labor y desarrollaban labores de auditoría médica para MEDIMÁS, pero de un momento a otro empezaron a sacar personal sin justa causa. Refirió, a la señora Nancy “la sacaron” antes que a ella. Le consta que el contrato comercial entre el Outsourcing y Medimás estuvo vigente hasta noviembre de 2019, porque “a algunas compañeras que tuvieron bebé las reintegraron”.

De los medios de prueba atrás referenciados queda acreditado, en el contrato de trabajo celebrado entre Nancy Patricia Peña Romero y la sociedad IQ OUTSOURCING S.A.S. se pactó que la obra o labor correspondía al término de la ejecución del contrato comercial celebrado entre IQ OUTSOURCING S.A.S. y MEDIMÁS y dicho contrato comercial tenía pactada una duración de veinticuatro meses o hasta agotar el presupuesto, lo que primero ocurriera.

Así mismo, del testimonio de Erika Lisbeth Vargas Morales, compañera de trabajo de la demandante, se colige, la ejecución de las labores de auditoría que contrató MEDIMÁS con IQ OUTSOURCING S.A.S., se extendieron por lo menos hasta mayo de 2019; pero más aún la misma representante legal de la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S. confesó a instancias de interrogatorio de parte, que el contrato comercial que su representada celebró con MEDIMÁS, se ejecutó hasta el 30 de agosto de 2019, por agotamiento del presupuesto.

A partir, de lo anterior, resulta claro, la labor para la cual fue contratada la demandante se encuentra plenamente determinada, pues las partes acordaron que la duración del contrato por obra o labor, dependía de la ejecución del contrato comercial suscrito entre IQ OUTSOURCING y MEDIMÁS, último que según su clausulado sería por el término de 24 meses, es decir hasta el 21 de mayo de 2020 o hasta cuando se agotara el presupuesto, última condición que acaeció el 30 de agosto de 2019, como lo confesó la representante legal de la convocada IQ OUTSOURCING, fecha posterior a aquella en que terminó el contrato de trabajo de la aquí demandante (18 de diciembre de 2018).

En ese orden, no son de recibo los argumentos de la demandada, relativos a la imposibilidad de establecer el término de duración de la obra para la cual se contrató a la demandante, pues si bien la duración exacta del contrato que unió a las partes no se estableció en el clausulado contractual, situación que lo hubiera convertido en un contrato a término fijo, como lo expresó el censor, lo cierto es que dicho plazo de culminación, se encuentra fijado por la naturaleza del servicios que se contrató y por tanto, la demandante y la convocada I.Q. OUTSOURCING S.A.S., sabían desde el momento de la celebración del contrato de trabajo, cuando se verificaría su terminación, aunque no hubiera una fecha exacta para ese suceso.

Al respecto, la demandada IQ OUTSOURCING S.A.S. argumentó en su defensa, no era posible a la sociedad determinar cuándo se agotaría el presupuesto para la ejecución de la obra contratada con MEDIMÁS EPS; sin embargo, como se desprende de los términos del contrato comercial, su ejecución sería por lo menos de dos años y en consecuencia si era determinable para la sociedad empleadora el término máximo hasta el cual se extendería el contrato de obra que celebró con la aquí demandante, aspecto que debió tener en cuenta para liquidar la indemnización

por despido injustificado, lo que deviene necesariamente, en que la indemnización a que tiene derecho la actora, no podía equivaler a 15 días de salario, como equivocadamente concluyó la accionada, pues debe recordarse, en este tipo de contratos, la voluntad de las partes no puede servir para ponerle fin al vínculo, en tanto el contrato perdura mientras persista la obra.

Bajo ese panorama, la Sala acompaña las conclusiones de la juez a quo, relativas a una equivocada interpretación de lo dispuesto en el artículo 64 C.S.T. por parte de la sociedad empleadora, por lo que es claro, ésta erró la cuantificación de la indemnización que por despido injustificado reconoció y pagó a la aquí demandante, equivalente a quince días de salario, en tanto, para el tipo de contratos celebrado entre las partes, respecto al que, el artículo 64 del C.S.T., en lo pertinente señala:

Artículo 64. (...)

“En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada, caso en cual la indemnización no será inferior a quince (15) días”.

En ese orden, habiendo sido desvinculada la demandante el 18 de diciembre de 2018 y como es claro, la ejecución de la obra se extendería por lo menos por dos años, y esa situación era de conocimiento de la sociedad empleadora, debió tener en cuenta ese aspecto para liquidar la indemnización a favor de la actora y no limitar su cuantía a 15 días de salario.

Sin embargo, como quiera que las partes no presentaron inconformidad alguna en la alzada respecto del monto de la indemnización por despido sin justa causa liquidada en la sentencia, se acreditó en autos que la labor para la cual fue contratada se siguió ejecutando hasta el 30 de agosto de 2019, por cumplimiento de una de las causales de terminación del contrato comercial, como lo era el agotamiento del presupuesto, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a similares conclusiones a las halladas

por la juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

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 \$800.000, 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA ILSE BELEÑO OLIVEROS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 09 2019 00164 01)

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado sustituto de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JENNIFER LORENA MOLINA MESA en su calidad de profesional adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S, el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo y el cual obra a folio 396 del expediente físico.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES, PORVENIR y la DEMANDANTE (folios 389, 390, 392 a 395 y 404 a 46), 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 desatar los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta

última, contra la sentencia proferida por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 06 de octubre de 2021 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 45:46, Cd. fl. 380), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del traslado que realizó la demandante ANA ELSY BELEÑO OLIVEROS entre el régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A, el 14 de septiembre de 1998.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA ELSY BELEÑO OLIVEROS, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A todos los valores que le fueron trasladados al fondo común que administra, validar en la historia laboral de la demandante de las correspondientes semanas, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus escritos de contradicción.

QUINTO: COSTAS serán a cargo de PORVENIR S.A, tásense por secretaría, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a aun salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO: REMÍTASE este asunto ante la Sala de decisión Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo previsto en artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Inconformes con la decisión los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado.

El apoderado de PORVENIR censuró la decisión argumentando si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial en materia del deber de información emanado de nuestro órgano de cierre, la misma Corte Suprema de Justicia ha señalado que se deben analizar de manera concreta las particularidades de los afiliados que pretenden o solicitan la nulidad o ineficacia de los traslados de regímenes pensionales, precisando PORVENIR cumplió a cabalidad con esas cargas en materia del deber de información que le eran oponibles para el año 1998, recordando que para esa oportunidad se estaba en la denominada primera

etapa del deber de información, en el cual únicamente era exigible la suscripción de un formulario de vinculación, aunado a una asesoría verbal por parte del fondo en aras de que ese acto jurídico se realice de manera libre y voluntaria, presupuestos que en su sentir se cumplen a cabalidad y por lo tanto es completamente eficaz el traslado.

De igual manera, señala que se puso a disposición de la demandante una serie de canales de información, como lo son las oficinas físicas, virtuales, telefónicas y los extractos de su cuenta de ahorro individual, para hondar y profundizar sobre las características y condiciones de su ahorro individual, considerando la AFP siempre ha actuado dentro del marco de la buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de la afiliación de la demandante.

Manifiesta, no se logra acreditar de la existencia de algún vicio del consentimiento, pues la actora era una persona completamente capaz para el año 1998, y en tal medida no se podía rechazar la voluntariedad de la señora demandante pues a afiliarse al fondo PORVENIR.

Igualmente se aparta de la condena de devolver rendimientos financieros como quiera que al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la señora demandante en una situación distinta de la que se encontraría al haber permanecido durante toda su historia laboral en el régimen de prima media, dado que recibirían dineros que no se generan en ese régimen pensional, en una clara contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio, del mismo modo se opone al reintegro de las sumas por concepto de gastos de administración, como quiera estas sumas se descontaron únicamente por estar autorizadas por la misma ley 100 de 1993 en su artículo 20, con la única finalidad de amparar a la señora demandante de las contingencias de la invalidez o la muerte, considerando no se ve razón atendible para incluir conceptos que su representada ya no posee y que ya han sido entregados a las aseguradoras correspondientes.

Razón por la cual solicita se revoquen las condenas impuestas. (Cd. fl 380, record: 48:22)¹

¹ “Si su señoría, estando dentro de esta oportunidad muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral se sirva revocar las condenas impuestas en contra de mi representada, fundamentándome en las siguientes consideraciones.

Si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial en materia del deber de información emanado de nuestro órgano de cierre, la misma Corte Suprema de Justicia ha señalado que se deben analizar de manera concreta las particularidades de los afiliados que pues pretenden o solicitan la nulidad o ineficacia de los traslados de regímenes pensionales, en consecuencia pues honorables magistrados considera mi representada que en el caso objeto de estudio PORVENIR cumplió a cabalidad con esas cargas en materia del deber de información que le eran oponibles para el año 1998, recordando que para esa oportunidad no encontramos en la denominada primera etapa del deber de información, en el cual pues únicamente era exigible la suscripción de un formulario de vinculación, aunado a una asesoría verbal por parte del fondo y en tercera medida pues que este acto jurídico se realice de manera libre y voluntaria, presupuestos pues que se reúnen en el caso objeto de estudio por lo cual este acto jurídico de traslado de régimen pensional reviste de completa validez, y por lo tanto es completamente eficaz.

De igual manera, pues cabe señalar que pues dentro de la relación jurídica que ha tenido PORVENIR pues con la señora demandante, pues se ha ponido (sic) información relevante sobre su ahorro pensional, de igual manera puso a disposición de la demandante una serie de canales de información, como lo son las oficinas físicas, sucursales, pues la sucursal virtual, sucursal telefónica y los extractos de su cuenta de ahorro individual, canales informativos que pues la señora demandante tenía en disposición, o tiene en disposición para hondar y profundizar sobre las características y condiciones de su ahorro individual.

Como otro punto se debe señalar que mi representada siempre ha actuado dentro del marco de la buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento pues de la afiliación de la demandante.

De igual manera, no se logra acreditar de la existencia de algún vicio del consentimiento, por lo tanto, la señora demandante era una persona completamente capaz para el año 1998, y en tal medida mi representa no podía rechazar la voluntariedad de la señora demandante pues a afiliarse al fondo PORVENIR.

Como otro punto, y teniendo en cuenta que el fallo de instancia es proferido a la luz de la ineficacia, mi representada se aparta respetuosamente de la condena de devolver rendimientos financieros, como quiera que la figura de la ineficacia es tener que el negocio jurídico nunca se realizó y que las cosas se retrotraen a su estado inicial, en ese entendido no resulta procedente el reintegro de las sumas por rendimientos financieros, como quiera que al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la señora demandante en una situación distinta de la que se encontraría al haber permanecido durante toda su historia laboral en el régimen de prima media, al respecto también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CS 3201 del año 2018, pues advirtiendo que la devolución de estos rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a los demandantes en una situación distinta a la que se encontrarían de haber permanecido en el régimen de prima media, dado que recibirían dineros que no se generan en este régimen pensional, yendo en una clara contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Por otro lado, pues también nos apartamos de manera respetuosa del reintegro de las sumas por concepto de las sumas de gastos de administración, como quiera que así como se sostuvo en los alegatos de conclusión, estas sumas se descontaron únicamente por estar autorizadas por la misma ley 100 de 1993 en su artículo 20, esto con la única finalidad de amparar a la señora demandante de las contingencias de la invalidez o la muerte. Así mismo, procura de generarle los rendimientos financieros que hoy en día ostenta en su cuenta de ahorro individual. También se ha manifestado la Superintendencia Financiera que pues estos traslados de dineros se deben hacer a la luz del artículo 7 del decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que contempla pues son las restituciones mutuas que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o ineficacia de un traslado de régimen pensional. Consideramos entonces Honorables Magistrados que pues existiendo una norma que regula tal situación no se ve razón atendible para apartarse de este, y pues incluir conceptos que pues mi representada pues ya no posee y ya han sido entregadas a las aseguradoras correspondientes.

En los anteriores términos pues solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revocar las condenas impuestas en contra de mi representada y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. En los anteriores términos dejo sustentado mi recurso muchas gracias su señoría.”

Por otro lado el apoderado de COLPENSIONES solicita la revocatoria del fallo proferido, argumentando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legitima para el actor, como quiera que al momento del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión.

Indica, la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión en este momento en el régimen de prima media, esto es, que puede resultar superior a la que va a recibir en el RAIS, por si sola, no constituye prueba de que cuando realizo el traslado la demandante lo haya hecho movida por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, pues para el año del traslado de la actora los fondos solo tenían la obligación de brindar la información acerca de las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, en su sentir no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante máxime cuando la misma decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria (CD fl. 380, record: 53:13)²

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

² “Gracias su señoría, pido excusas tuve un bajón de luz y se me fue el internet.

Interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala, en primera medida Honorables magistrados no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legitima para el actor, como quiera que al momento del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión.

Ahora bien, honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 087 del 17 de enero del Tribunal Superior de Pereira, en la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión en este momento en el régimen de prima media, pueda resultar superior a la que va a recibir en el RAIS, por si sola, no constituye prueba de que cuando realizo el traslado la demandante lo haya hecho movida por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falacia por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la actora los fondos solo tenía la obligación de brindar la información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

Por lo anterior, señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANA ILSE BELEÑO OLIVEROS en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 19 a 21) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 16 a 19), aspirando se declare la nulidad de su vinculación al RAIS con el fondo SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; se ordene la devolución de saldos y aportes consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES; el reembolso de los cobros y gastos de administración; se ordene a COLPENSIONES recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad; se condene a PORVENIR S.A. reconocer y pagar la suma de 50 smmlv de que trata el art. 13, literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora demandante, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 14 de septiembre de 1998; se condenó a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso condena por costas a cargo de PORVENIR.

La a quo fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (fl. 11), la actora nació el 29 de febrero de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 7 de marzo del 2018 (fls. 3 a 7) y ante COLPENSIONES el 28 de marzo del 2018 (fls. 9 y 10), esto es, cuando le faltaba menos de un año para alcanzar la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 55 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 457 semanas cotizadas al sistema, equivalentes a 8.75 años (fl. 89), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1998**⁴, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

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

⁴ Reporte SIAFP pagina 83 y formulario de vinculación a PORVENIR pág. 80.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Así pues, 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

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

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

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no

“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.

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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la hoy accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que la asesora de la AFP se acercó a la empresa donde ella laboraba y le indicó que si no se afiliaba podía perder los aportes realizados, enfatizando sus argumentos en las supuestas ventajas de ese régimen pensional como la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de

⁷ Audiencia virtual realizada el 06 de octubre de 2021, Cd. fl. 380, record: 11:40

afiliación a PORVENIR⁸, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, que para la época del traslado-14 de septiembre de 1998-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

⁸ Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 80.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a la potencial 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 (14 de septiembre de 1998 efectivo el 1º de noviembre de 1998⁹), 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,

⁹ Reporte SIAFF fl. 83.

los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto a 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.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (14 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad el 1° de noviembre de 1998 fl. 83), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Consecuente a lo anterior también es procedente ordenar el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en 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, 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 actora.

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

Asimismo, y en punto a la apelación de PORVENIR advierte la Sala, los gastos de administración y los rendimientos, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros 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 convocante, a Colpensiones sin que proceda ningún tipo de descuento por esas sumas.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

“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 respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹⁰ (fl. 54) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 12 de julio de 2021, folio 177.

Es de anotar, 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 sumas adicionales, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

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, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de

ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resueltos los puntos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS, en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ISABEL CRISTINA
GUERRERO HURTADO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 09 2019 00411 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS como apoderado sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS en su calidad de representante legal de la firma Navarro Rosas Abogados Asociados S.A.S. (fl.622).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls. 619 a 622), PORVENIR (fls. 627 a 629) y la parte demandante (fls. 637 a 640), 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 Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el

7 de octubre de 2021 (Audiencia virtual, récord 20:33, cd. fl. 569), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante ISABEL CRISTINA GUERRERO HURTADO entre el régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, el 14 de mayo del año 2002.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora ISABEL CRISTINA GUERRERO HURTADO, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A a recibir todos los valores que le fueron trasladados al fondo común que administra, validar en la historia laboral de la demandante de las correspondientes semanas.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ISABEL CRISTINA GUERRERO HURTADO la pensión de vejez, con fundamento en que el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, a partir del 28 de diciembre del año 2018, en razón a 13 mesadas anuales, y en cuantía de \$3.251.912 pesos, perdón, suma que deberá ser reajustada anualmente.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a ISABEL CRISTINA GUERRERO HURTADO la suma de \$121.071.211 pesos por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas entre el 28 de diciembre de 2018 y el 30 de septiembre de 2021, las cuales deberán ser indexadas junto a las que se causen en lo sucesivo, perdón, a la fecha de pago.

SEXTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a realizar los descuentos por concepto de cotización al sistema general de salud, y darlo a la EPS de preferencia de la demandante, conforme lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de los, de las demás pretensiones incoadas en ese asunto por la demandante.

OCTAVO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

NOVENO: COSTAS serán a cargo de PORVENIR S.A, tásense por secretaría, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

DÉCIMO: REMÍTASE este asunto ante la Sala de decisión Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo previsto en 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 COLPENSIONES señaló, la demandante se trasladó al RAIS en forma libre y voluntaria, como lo constata su permanencia en este régimen durante 18 años. Refirió de conformidad con la sentencia SU 130 de 2013, solo procede el regreso a prima media siempre que para el caso de las mujeres contara con 35 años de edad y 15 años de servicios a 1° de abril de 1994, requisitos que la demandante no cumple.

Estimó, la actora en su rol de consumidor financiero, tenía el deber de conocer todo lo relacionado con el vínculo contractual que celebró con la AFP; añadió, para la época en que se verificó el traslado de la demandante, no se exigían dejar documentación que acreditara la asesoría, sino que ésta se entendía con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que correspondería al afiliado y no a la administradora, demostrar la presencia del deficiente suministro de información.

Finalmente refirió, no es Colpensiones la entidad que debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información a la demandante; debería ser el fondo de pensiones que efectuó el traslado al Régimen de Ahorro Individual el que responda por cualquier perjuicio generado a la afiliada¹ (*Audiencia virtual, récord 23:37, cd. fl. 569*).

¹ **“Apoderado COLPENSIONES (23:37):** Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación en base (sic) a lo siguiente: el traslado de régimen de RPM al RAIS que se efectuó por parte de la aquí demandante de forma libre y voluntaria, voluntad que se encuentra ratificada en las cotizaciones realizadas por la demandante al RAIS por más de 18 años, desde el momento de su afiliación en junio del año 2002, perdón, con la AFP PORVENIR S.A. a su vez la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 2013, en caso de traslado de un afiliado del RPM al RAIS solo procederá su regreso al RPM siempre y cuando la afiliada al 1 de abril de 1994 tenga 35 años en el caso de la mujeres y cuente con 15 años de servicios que

A su turno el apoderado de PORVENIR señaló, su representada demostró en el proceso el cumplimiento del deber de información en los términos vigentes para el momento en que se efectuó el traslado, porque del interrogatorio de la demandante y los testimonios recaudados se pudo constatar, a la actora le explicaron las características del régimen de ahorro individual y las diferencias con el régimen de prima media y tuvo la oportunidad de establecer cuál de las dos opciones era la más conveniente para ella.

Añadió, para la fecha del traslado, la demandante suscribió el formulario de afiliación y recibió una asesoría verbal, por lo que no considera aceptable que se

equivalen a (inaudible) mesadas efectivamente cotizadas, so pena de perder los beneficios del régimen de transición. De acuerdo con lo anterior téngase en cuenta que la actora al 1 de abril de 1994 tenía a penas 33 años de edad y contaba con menos de 100 semanas cotizadas al RPM, por lo que se evidencia que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y por lo que adicionalmente no era posible para la AFP del RAIS a lo que se traslado realizar una proyección pensional acertada o adecuada, esto adquirió mas validez dentro del presente caso ya que el afiliado dentro del régimen de pensiones es catalogado como un consumidor financiero, por lo tanto ostenta no solo derechos sino también obligaciones sobre las cuales deberá acreditar cumplimiento en todo termino que suscita el vínculo contractual suscrito con su respectiva AFP, tales obligaciones se encuentran dispuestas en el decreto único 2555 del 2010, mediante la cual se agruparon las normas en materia del sector financiero.

Es preciso mencionar que para el momento en que se realizo el traslado del RPM al RAIS la normatividad no exigía requisitos de dejar documentación alguna sobre la información brindada por los asesores de la AFP y recibida por el afiliado, sino que la voluntad del traslado se encontraba probada únicamente con el suscribir el formulario de afiliación, por lo que correspondería al afiliado y no a la AFP la carga de la prueba de la sobre la presunta información errada. En el presente caso la demandante presento solicitud de traslado al RAIS al RPM el 23 de abril de 2019, y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para esta data, contaba con 58 años de edad cumplidos así que la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición legal del traslado y al no contar con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, resulta a todas luces improcedente por parte de mi representada tenerla como afiliada al demandante al régimen del RPM.

Así mismo, su señoría en la teoría del daño manifiesta que quien lo causa debe repararlo, por ende, no es COLPENSIONES que deba asumir la supuesta falta de información por parte de la AFP demandada, sino de lo contrario debería ser el fondo de pensiones que efectuó el traslado primigenio que entre a responder por cualquier perjuicio generado tal como lo señala el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, en base (sic) solicito que se tenga por, que se falle en segunda instancia en contra de todas, el fallo de primera que emitió este despacho. Muchas gracias su señoría”.

le exija a la administradora la prueba de la información entregada, en tanto ese requisito no existía para aquella época.

Frente a los gastos de administración y prima de seguros previsionales refirió, la condena por estos conceptos surgió de la sentencia SL 31989 de 2008, que corresponde a un caso diferente al que aquí se analiza porque el asunto allí debatido correspondió a una persona mayor de 50 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuyo traslado se había efectuado sin su consentimiento; pero en el presente caso, esta decisión conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en tanto esos dineros ya fueron utilizados por Porvenir para cubrir los riesgos de invalidez y muerte² (*Audiencia virtual, récord 26:28, cd. fl. 569*).

² **“Apoderado PORVENIR (26:28):** Su señoría muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal prevista para el efecto me permito presentar recurso de apelación el fallo de primera instancia con el objeto de que revoquen todas y cada una de las condenas que han sido proferidas en contra de mi representada, y la materia del recurso de apelación versara sobre los siguientes aspectos. En primera medida, en la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional, en segunda medida en lo que corresponde a la devolución de las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y tercero la consecuencial condena en costas que le ha proferido a mi representada.

Sea lo primero manifestar su señoría que este apoderado se aparta de manera respetuosa de la decisión tomada por el despacho en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que en el caso en concreto se logró acreditar y se pudo demostrar que mi representada cumplió con el deber de información que era vigente al momento en que se realizó dicho traslado, porque lo manifiesto, porque de acuerdo con el interrogatorio de parte en concordancia de los testimonios que tuvimos lugar de, o que se tuvo, se recaudo en el momento procesal, se pudo verificar que la demandante le explicaron que existía un régimen de ahorro individual, que ese régimen de ahorro individual tenía unas características particulares y diferentes al que tenía el de prima media, para pensionarse allí no requería cumplir con una edad especial o particular, que además de ello tenía la posibilidad de realizar aportes voluntarios y que con la realización de dichos aportes voluntarios podía acelerar o mejorar también el monto de su mesada pensional. Adicional a ello pues tuvo la oportunidad de conocer las características del régimen de prima media, situación que fue corroborada también por el, por uno de los deponentes al momento de practicar la prueba testimonial, y con lo cual su señoría se puede, y se puede establecer que la demandante contó en ese momento con la información que era lo que requería en ese momento para tomar la decisión.

Como quiera que la Corte Suprema de Justicia, en varias de la providencia en las que se ha detallado de manera clara cuál era ese deber de información que existía en cada momento histórico, precisó que para el caso concreto con la ilustración de las características de los dos regímenes pensionales, y con la posibilidad que tenían o no, riesgos que tenían en cada uno de ellos, se podían realizar dicho traslado de régimen pensional. En el caso en concreto nos encontramos con que mi representada tal cual como

lo manifiesta los dos testigos que se pusieron en el presente caso, tuvo oportunidad de conocer que la pensión que recibiría sería superior y anticipada en la medida que se pudieran llegar a hacer los aportes voluntarios y en la medida que pudiera mejorar la capacidad de ahorro que tenía, y en este caso en concreto es claro que más allá de una ventaja, que sea la anticipación de ese, de ese derecho a la pensión, lo que si se le aclaro de manera muy precisa a la demandante fue que tenia la posibilidad de hacerlo pero bajo unas condiciones y unos riesgos que pudiera llegar a someterse, y en ese caso pues es claro que ella si tuvo la oportunidad de corroborar cual de las dos opciones de pensionarse era más viable para ella, y con eso pues considera este apoderado que se cumplió con el deber de información.

En segunda medida, es claro que para la fecha el traslado se realizó pues con la suscripción de un formulario con una asesoría de manera verbal, pues así preveían los decretos 656 y 692 de 1994, y considera este apoderado que no es dable que en este momento histórico se le requiera un prueba que no existía o de la que no se le requería en ese momento a las administradoras de fondos de pensiones y esto es dejar documentada la información que se dio en ese momento.

En segunda medida, pues considera este apoderado que también del interrogatorio de parte se puede verificar que no existió una causa o una situación puntual que impidiera a la demandante manifestar de manera clara e inequívoca su traslado de régimen pensional, muestra de ello, es que ella suscribió voluntariamente ese traslado, como lo refieren, o como lo refirieron quienes fueron para ese momento sus compañeros de trabajo, y además de ellos, contó con la posibilidad de escuchar otras asesorías que se dieran en ese momento, como quiera que la invitación se hacia en general a los trabajadores, y ellos mismos escogían si realizaban o no su traslado de régimen pensional.

Por otra parte, en lo que corresponde a los gastos de administración y prima de seguros previsionales, este apoderado también se aparta respetuosamente de la interpretación que ha hecho el despacho, como quiera que estas condena nació con la sentencia SL 3, con la sentencia SL 31989 del año 2008, y dicha condena en ese momento histórico se dio porque la administradora encargada de hacer el traslado de la persona que estaba o de la que se decidió en esa situación en particular, era una persona que era mayor de 50 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y el traslado claramente generaba un perjuicio en su situación pensional, y se había hecho sin su consentimiento, razón por la cual la Corte en ese momento dijo que como castigo a ese traslado realizado de manera irregular se condenaba a las primas de seguros previsionales y gastos de administración, razón por la cual equiparar esas razones de hecho en ese momento histórico específico, a un caso con esas particularidades al caso particular genera es un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, como quiera que dicha administradora no va a usar esos dineros para reconocer la prestación que requiere, o pedida por la demandante, como quiera que COLPENSIONES solo va a utilizar del 16% total del aporte el 13% para reconocer dicha prestación, y si se esta beneficiando en su bolsa común de unos dineros que no ayudo a generar, de unos dineros que destino ya mi representada para cubrir riesgos de invalidez y muerte y para mejorar la expectativa pensional que tendría en el régimen de ahorro individual, razón por la cual pues no es dable requerir a mi representada para que haga la devolución de dicho gastos.

En tal sentido su señoría pues al considerar este apoderado que tampoco procede la condena en costas, como quiera que no se cumple con lo previsto en el artículo 271 y demás normas concordantes con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 36 vto y 37), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 37 vto y 38), aspirando en síntesis, se declare la nulidad del traslado y afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, se ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media, se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de aportes, bono pensional y cualquier suma adicional, junto con sus rendimientos; se ordene a COLPENSIONES recibir dichos aportes y registrar a la demandante como su afiliada, se condene a COLPENSIONES a reconocer a la actora la pensión de vejez con el retroactivo causado y los intereses moratorios, además las costas procesales y lo ultra y extra petita.

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 todo el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, a partir del 28 de diciembre de 2018 y al pago del retroactivo pensional. 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

pensional, pues también deberá como consecuencia subsiguiente revocarse la condena en costas proferida en contra de mi representada.

Así las cosas su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación, para que si usted habien lo tiene lo conceda y sea admitido y decidió favorablemente a los intereses de mi representada por el Tribunal Superior Sala Laboral. Muchas gracias”.

efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado y de otro lado, encontró acreditados los requisitos de ley para otorgar la prestación de vejez a la demandante.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 19 de octubre de 1960 (folio 24) por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de abril de 2019 (páginas 27) esto es, cuando ya había alcanzado la edad para pensionarse –tenía 58 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 82 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 1,57 años (folio 466), 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,

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

la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de mayo de 2002, con fecha de efectividad a partir del 1° de julio de 2002 (*folios 97y 127*), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en la certificación expedida por Porvenir y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o

no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los

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

casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011⁵, 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

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

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

(…)

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

(…).

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control

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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2002, la empresa en que trabajaba(Fiduprevisora) fue visitada por asesores comerciales de Horizonte S.A., quienes le informaron la mecánica para cambiarse de régimen dado que el Instituto de Seguros Sociales iba a acabarse; le dijeron que debía apresurarse a hacerlo, porque corría el riesgo de perder los aportes que ya tenía; además, le indicaron los asesores, en el RAIS podía obtener una mesada mayor que en RPM y podía pensionarse a cualquier edad, pero no se le informaron las características, ventajas y desventajas del RAIS, ni las consecuencias del cambio de régimen.

En el mismo sentido se manifestaron los testigos Giovanni de Jesús Quiroz e Inés Malavera Rodríguez (record. 30:03 y record 44:23 respectivamente), compañeros de trabajo de la demandante en Fiduprevisora, a quienes les consta que asesores de Horizonte S.A. hicieron charlas en la empresa. La información iba encaminada a la mala imagen que tenía el ISS. Les informaron que se trataba de cuentas individuales, podían hacer aportes voluntarios y podían pensionarse anticipadamente y eventualmente con una mesada más alta que en el Seguro, versiones de las que tampoco puede colegirse el suministro de una información que ofreciera total claridad para decidir respecto al cambio de régimen.

⁶ Audiencia del 24 de junio de 2021, récord 11:10

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (*Página 127*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora – 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 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2002, 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 HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen, efectivo el **1º de julio de 2002** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen

relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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 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 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 que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (*folio 73*), 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

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 15 de diciembre de 2020 (flo. 160).

*asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional y éste fue reconocido por la juez de primer grado, se procede a su estudio, advirtiéndole, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la actora NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁸, disposición que exige para el caso de los mujeres haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año

⁸ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a folio 5 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 19 de octubre de 1960, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2017**; ahora bien, conforme consta en la historia laboral aportada por la demandada PORVENIR S.A. (fls. 120 a 126), la última cotización efectuada por la demandante correspondió al ciclo de diciembre de 2018, por lo que, aunque no obra solicitud de reconocimiento pensional, entiende la Sala que fue la intención de la actora, dejar de cotizar para esa data y en consecuencia, el disfrute de la prestación lo es a partir del 1° de enero de 2019 (ciclo siguiente al de la última cotización), por lo que se modificará en este sentido la fecha a partir de la cual procede el reconocimiento pensional

En cuanto a la cantidad de semanas de cotización, conforme la historia laboral generada por la AFP PORVENIR, se reportan 845 semanas cotizadas a dicha AFP; así mismo; en cuanto a las cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES, figuran en la historia laboral del expediente administrativo (fls. 303 y 355), que corresponden a 473 semanas, para un total de 1318 semanas a diciembre de 2018, data para la que ya tenía cumplidos los 57 años de edad y además acreditó las 1300 semanas exigidas por la Ley, reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La Juez de conocimiento también encontró acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que conforme lo previsto en el inciso 3° del artículo 21 de la ley 100 de 1993, procedió a su liquidación y habiendo efectuado los cálculos correspondientes con los últimos diez años de cotización por ser más favorable a la actora, determinó como primera mesada la suma de \$3'251.912,00 y con base en ella, un retroactivo de \$121'071.211 entre el 28 de diciembre de 2018 y el 30 de septiembre de 2021. Sin embargo, como se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, arribando a una primera mesada superior a la hallada por la juez a quo (\$3'358.219,05).

Empero, como quiera que este punto no fue objeto de reparo por la parte demandante, y a fin de no hacer más gravosa la situación de la demandada Colpensiones, se mantendrá la mesada dispuesta en primera instancia y con base en ella, con apoyo del Grupo Liquidador, se procede al cálculo del retroactivo pensional, actualizándolo a la fecha de emisión de esta sentencia, que asciende a la suma de \$137'989.123,00⁹, liquidación que se anexa como parte integrante de la sentencia.

Finalmente, en lo que atañe a los hechos nuevos puestos en conocimiento por el apoderado de la parte demandante en sus alegaciones, relativos al reconocimiento de una pensión a la demandante por parte de PORVENIR S.A. e incluso el abono de sumas de dinero en la cuenta bancaria de la actora, advierte la Sala, esta actuación por parte de la AFP, por sí sola no conlleva a que la prestación haya sido aceptada por la afiliada y ostente la calidad de pensionada en el régimen de ahorro individual, pues como se colige de las documentales aportadas, la señora Isabel Cristina Guerrero ha rechazado por escrito la prestación reconocida por PORVENIR (fl. 602).

Al efecto recuerda la Sala, en sentencia SL-1309 de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó la solicitud de ineficacia del traslado,

9

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.251.912,00	13,00	\$ 42.274.856,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.375.485,00	13,00	\$ 43.881.305,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 3.429.830,00	13,00	\$ 44.587.790,0
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$ 3.622.586,00	2,00	\$ 7.245.172,0
Total retroactivo				\$ 137.989.123,00	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 137.989.123,0
Total	\$ 137.989.123,0

correspondiente a un pensionado en el Régimen de Ahorro Individual, que no tuvo la oportunidad de escoger una de las modalidades de pensión en dicho régimen, contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, que son i) renta vitalicia inmediata, ii) retiro programado y iii) retiro programado con renta vitalicia diferida, ni tampoco se acreditó en el plenario, que el afiliado hubiera suscrito el contrato de retiro programado, por lo que concluyó la Corte, ante dicha omisión no podía entenderse que en realidad ostentara la calidad de pensionado. En algunos apartes, sostuvo textualmente:

“En el asunto bajo examen se tiene, que el señor Gaviria solicitó a Protección el reconocimiento de la pensión como se infiere del hecho séptimo del escrito inaugural (f. 3), a lo cual se le dio respuesta por parte de esa administradora de pensiones de manera favorable, mediante escrito del 16 de marzo de 2012 (fs. 28 a 31 y 83 a 85); sin embargo, se advierte que el actor no estuvo de acuerdo con el valor de la mesada, es decir, no aceptó la liquidación efectuada por la AFP y mucho menos se acredita que haya expresamente escogido o seleccionado una modalidad pensional, pues aun cuando ello se afirma por parte de la mencionada entidad de seguridad social en su respuesta (f. 28 y 83), dicho documento no aparece suscrito por el demandante en señal de aceptación, ni tampoco se allegó prueba alguna que así lo acreditara.

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.

En este orden, aun cuando la AFP Protección S.A. mediante comunicado del 16 de marzo de 2012, aludió al otorgamiento de la pensión de vejez, a partir del 1 de febrero de 2012, en un monto inicial de \$1.873.682, al no estar demostrado plenamente en el informativo que el señor Gaviria Echavarría hubiese escogido previamente una modalidad pensional de las previstas en el artículo 79 de la Ley 100/93, no puede considerarse que ostente la calidad de pensionado, pues claramente se advierte de dicha misiva, que para aquella

data se estaban adelantando los trámites para conceder dicha prestación y que este alcanzara ese status.

Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc.

En esa medida, la inexistencia u omisión de haberse surtido o llevado a cabo dicho trámite preparatorio para obtener la prestación deprecada, conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado; es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL373-2021), de tal suerte que su Radicación n.º 68091 SCLAJPT-10 V.00 10 status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional.

Teniendo en cuenta el citado pronunciamiento de la Corte y como la aquí demandante no ha suscrito un contrato de modalidad de pensión en el RAIS y es más, ha rechazado la prestación reconocida por PORVENIR, no hay lugar a entender que ostente la calidad de pensionada por esa administradora.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado respecto al monto del retroactivo pensional, que como ya se anotó, fue actualizado a la fecha de emisión de esta sentencia y se confirmará en todo lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primer grado, determinando que la pensión de vejez se reconoce a la demandante a partir del 1° de enero de 2019, conforme lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por la a quo, en el sentido de actualizar a la fecha de esta sentencia, el retroactivo pensional a favor de la demandante, en la suma de \$137'989.123,00.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GENARO DANIEL GOYES VILLAREAL CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 09 2019 00793 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 demandada (fl. 180) y por la parte demandante (fl. 182), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero 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 la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de mayo del 2021 (Cd. fl. 34, record 16:16), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, reconocer y pagar al señor GENARO DANIEL VILLAREAL, pensión de jubilación convencional, la cual ostenta el carácter de compartía con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, quedando a su cargo mayor valor de \$656,341 pesos, a partir del 15 de octubre de 2010 y a razón de 14 mesadas al año, suma que deberá ser indexada anualmente a partir del 1 de enero del año 2011.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN EL CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar al señor GENARO DANIEL VILLAREAL la suma de \$ 122.580,927, por concepto de mayor valor sobre las mesadas pensionales retroactivas causadas entre el 15 de octubre de 2010 al 31 de julio de 2021, junto con las que se causen en lo sucesivo, debidamente indexadas a la fecha de pago efectivo y autorizar a la entidad descontar la proporción que le corresponda al demandante sobre los aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

TERCERO: Las COSTAS serán a cargo de la entidad demandada, tásense por secretaria y fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 4,450,000 pesos, de conformidad con motivado.

CUARTO: REMÍTASE el presente asunto ante la sala de decisión del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de

Consulta a favor de la entidad demandada conforme dispone el artículo 69 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social.”

Contra lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria. Consideró, el actor no cumplió la edad de 55 años, antes o hasta el 31 de julio de 2010, que es la vigencia de la convención colectiva. Para esa data contaba con 54 años.

Refirió, conforme lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005 y lo mencionado por la Corte Constitucional en sentencia SU 555 de 2014, se estableció como regla general, a partir del 29 de julio de 2005, no existirán más regímenes especiales ni exceptuados y en consecuencia, a partir del 31 de julio de 2010 ya no podrán aplicarse las normas contenidas en pactos y convenciones colectivas de trabajo, salvo que las ya existentes, estipularan un término de vigencia posterior. Para reforzar su argumento citó la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 12498 de 9 de agosto de 2017, con radicación 49768 y SL 3962 de 15 de agosto de 2018, radicado 64604.

Enfatizó, de acuerdo al parágrafo 3 del acto legislativo 01 de 2005, las reglas en materia de pensiones convencionales, mantuvieron su vigencia durante el término inicialmente pactado, pero en todo caso hasta el 31 de julio de 2010; es decir, para la fecha en que el actor cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios, la norma convencional ya había perdido vigencia y por tanto no contaba con un derecho adquirido (cd. fol. 170 A record. 14:36)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (fol. 103 expediente físico) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en los folios 103 a 106 ibid., aspirando principalmente se declare que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde 16 de abril de 1974 hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que terminó por decisión unilateral e injusta por parte del empleador; que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999. En consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de

que trata el artículo 41, parágrafos 1 y 3, desde el 15 de octubre de 2010, fecha en que cumplió 55 años de edad, con los reajustes legales y mesadas adicionales, indexando el último salario promedio mensual devengado, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, pues se accedió al reconocimiento de la pensión convencional, con carácter de compartida, quedando a su cargo un mayor valor de \$656.341,00 a partir del 15 de octubre de 2010, ello tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación convencional, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, a partir de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 40 a 42), se encuentra acreditado que el demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 16 de abril de 1974 y el 27 de junio de 1999, es decir, durante 25 años, 2 meses y 11 días.

Ahora, de acuerdo al texto del líbelo introductor, el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 15 de abril de 1998 (folios 3 a 33) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 38 vuelto)¹, encontrándose vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva), al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T. no siendo materia de controversia la calidad de beneficiario del actor frente a la misma.

¹ Del 17 de abril de 1998.

En cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo es claro en expresar que se excluye de esos beneficios al Vicepresidente, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50, suplente del revisor fiscal, delegados de la revisoría fiscal y asistente delegado grado 24; y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de CAJERO PRINCIPAL I, grado 03 (ver flo. 41), esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Así, con asidero en el artículo 41 de la mentada Convención Colectiva de Trabajo, aspira el demandante el reconocimiento de una pensión de jubilación, disposición que en su tenor literal preceptúa:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber

cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

Ahora frente al reconocimiento pensional, aunque no quedó acreditada la forma en que finiquitó el vínculo del actor, esto es, si se retiró o fue retirado, tal situación es indiferente para efectos de la prestación que se estudia, pues el reconocimiento procede en uno u otro evento, siempre que concurren los demás presupuestos. En ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al parágrafo 1° del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 16 de abril de 1974 al 27 de junio de 1999), que corresponden a **25 años, 2 meses y 11 días** (pág. 41 ibidem), circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala, dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al presente, como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244² (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107³

² “(...) teniendo claro que la actora para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 13 de diciembre de 2010, habrá de casarse la sentencia impugnada.”

³ “(...) el derecho a la pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta stirpe que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al parágrafo 1° convencional.

Por lo tanto, como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse.

En ese sentido, ha señalado esta Corporación que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, tesis plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la edad constituía únicamente un requisito para la exigibilidad de la pensión, luego entonces el derecho pensional se adquirió por parte del recurrente cuando habiendo laborado por más de 20 años en favor de la Caja Agraria fue retirado, lo que se dio antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005.”

(14/02/2018), SL 526 Rad. 63158⁴ (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562⁵ (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315⁶ (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316⁷ (09/03/2021) providencias que exponen el referido criterio.

⁴ “(...) preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se producirse cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra “para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiente de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso, de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma.

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

Así, la edad considerada en la estipulación convencional fluye indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, por exigir ésta que tal ocurrencia se produzca cuando el ex trabajador ya no se encuentra amparado directamente por ella, resultando que, de una parte, éste hubiere perdido la condición de trabajador de la empresa; y de otra, que sea en un todo posible que ni siquiera la disposición convencional para ese nuevo momento mantenga vigencia en el marco de las relaciones contractuales de la misma empresa. De ese modo,

en forma alguna puede concluirse que la dicha edad sea requisito de estructuración del derecho, sino apenas de su exigibilidad, de su goce o disfrute.

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador.

Pero también entiende la Corte, en segundo término, que el aludido Parágrafo 1º previó el derecho pensional a favor de quienes habiendo sido trabajadores de la entidad le prestaron un tiempo de servicio mínimo de servicio pero no arribaron a cierta edad en su vigencia, porque, precisamente, a quienes les exigió tal condición pensional se refirió paladinamente al inicio del marco de las disposiciones pensional, se recuerda, de donde no ha lugar a concluir cosa distinta a que, para los primeros, los que perdieron la calidad de trabajadores activos, la edad no se tuvo como un requisito de estructuración del derecho --pues no lo podían cumplir en ese tiempo--, sino apenas de su disfrute.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años.

Y en tercer lugar, es la única conclusión a la que se puede arribar si se observa que la disposición en su conjunto quiso amparar con el beneficio pensional de jubilación a todos los servidores de la empresa sobre un mismo rasero, el que para la Corte es el más obvio: la prestación de servicios por un término mínimo pero apreciable, en los casos menos exigentes dieciocho (18) años y en los más veinte (20) años. Para el personal activo las exigencias adicionales de vinculación y edad, y para los que aquí se estudia, las de desvinculación y el máximo del servicio. Siendo ello así, advierte la Corte una redacción armónica del texto convencional tendiente a no dejar por fuera a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicios exigido, se encontraren en determinada edad, solicitaren el reconocimiento del derecho en un hito temporal que allí también se estableció --enero y marzo de 1992 y un (1) año posterior a la vigencia de la convención colectiva o del cumplimiento de la edad estando vinculados--, o ya no estuvieren al servicio de la entidad, últimos para los cuales la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho pensional.

Ahora bien, la concepción del derecho pensional de jubilación en términos como los analizados no resulta ara cada extraña a la normatividad del trabajo, menos a la legal, pues, a guisa de mero ejemplo, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se memora, estableció la pensión proporcional de jubilación por despido sin justa causa y aún por retiro voluntario, prestación respecto de la cual la jurisprudencia es pacífica en la consideración de que la edad no es más que un requisito de su exigibilidad, bastando para su estructuración un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación forzosa o libre del trabajador.

(...)

En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.”

⁵ “ ... Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado en cuanto a la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, frente al primer parágrafo, al señalar: (i) que aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre (CSJ SL526-2018 reiterada en la CSJ SL4550-2018).

Luego, surge con claridad que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación.

Resulta relevante destacar que los derechos pensionales gozan de la particularidad de concederse para compensar el desgaste físico que sufre el empleado como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, el eje central de esta prestación es el número de años de trabajo, ya que es esta la que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura y natural al ser humano que escapa del dominio sobre sí mismo.

Específicamente, en el marco de las vinculaciones laborales, es un hecho usual, que las prestaciones pensionales se ofrezcan como un aliciente a la prestación continua de los servicios personales en favor de una empresa, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad empresarial.

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al considerar que la edad era un requisito de estructuración del derecho pensional acordado en el artículo 41 convencional y, por tanto, sale adelante la acusación y se casará el fallo impugnado.”

⁶ **“1) Alcance del artículo 41 de la convención colectiva 1998-1999**

(...)

Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre.

En esas condiciones, el citado precedente concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.

(...)

2) El Acto Legislativo 01 de 2005 no afecta los derechos adquiridos antes de su expedición

Dado que el derecho pensional reclamado quedó causado o adquirido con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro que esta reforma no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho.

En efecto, si bien el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud de aquella modificación superior perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza, tal hecho no compromete el derecho pensional; se reitera que este se adquirió desde 1999 y solo quedó pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute.

Así, como el Tribunal consideró que el requisito de edad debía cumplirse según las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005, entendió que era un presupuesto para su estructuración y no de mera exigibilidad, o lo que es igual, no advirtió que el derecho ya se había adquirido. Surge así su yerro y por tanto se casará el fallo impugnado.”

⁷ “Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el párrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.

(...)

Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el párrafo 1° de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1994 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor GENARO DANIEL GOYES VILLAREAL en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2005.

En esos términos ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, *verbi gratia*, en sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁸.

ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

⁸ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos,…”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-555 de 2014, en la que, entre otros temas, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época (...)*”.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (flo. 2), el accionante cumplió la edad de 55 años el **15 de octubre de 2010** (nació en 1955), por lo que sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite a la Convención, en cuyo parágrafo 3 del artículo 41, se establece:

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la impropiedad del cargo planteado por la recurrente.

“La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo: Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.

Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (págs. 41 y 42 *ibid.*), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

Sueldo básico	\$496.380
Prima de antigüedad	\$183.661
TOTAL FACTOR FIJO	<u>\$680.041</u>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

Salario en especie	\$145.304.
Auxilio de transporte	\$0
Incentivo de Localización	\$0
Gastos de representación	\$0
Prima Jun/1998	\$14.219
Prima Dic/1998	\$1.137.450
Prima Jun/1999	\$1.003.061
Prima Escolar/1999	\$337.539
Prima Vacaciones	\$725.377
Horas Extras	\$0
Dominicales o feriados	\$0
Viáticos	\$0
Sobrerremuneración	\$0
FACTOR FIJO VARIABLE	\$3.362.950
Promedio factor variable	<u>\$280.245,83</u>
TOTAL FACTOR FIJO + VARIABLE	\$960.286,83

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2010 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte

Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470⁹ y 31222¹⁰, valor al cual se le aplica el porcentaje del 75% establecido en la convención colectiva así:

VH	IPC Final dic-10	IPC Inicial dic-99	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada
\$960.286,83	105,24	57,00	\$1'772.992,73	75%	\$1'329.744,55

⁹ Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregona tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores.”

¹⁰ “Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor inferior al determinado como primera mesada pensional por la juez *a quo* (\$1.355.092, record. 09:30, audiencia 26 de agosto de 2021, cd fol. 170 A), se modificará la cuantía establecida en primera instancia, como quiera el proceso está siendo estudiado en consulta a favor de la entidad demandada.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1999 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores y se desvinculó del servicio) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -15 de octubre de 2010- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad, tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que no se modifica en este aspecto la sentencia del *a quo*.

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compatibilidad de dicha pensión con la reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado.

En ese sentido, como en este caso se encuentra acreditado que COLPENSIONES mediante Resolución VPB 3122 de 1° de agosto de 2013, reconoció al demandante una pensión de vejez, a partir del 15 de octubre de 2010, en cuantía inicial de \$698.751, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en concordancia de la Ley 797 de 2003 (págs. 84 a 91), se procederá a establecer el valor de la diferencia que correrá por cuenta de la demandada.

De otro lado, debe señalarse, no hay lugar a estudiar lo atinente al fenómeno de la prescripción, como quiera que mediante auto de 12 de julio de 2021 (fol. 150), se tuvo por no contestada la demanda por parte de la demandada UGPP.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la mesada aquí reconocida para el año 2010 correspondía a \$1'329.744,56 y que COLPENSIONES reconoció la pensión en suma de \$698.751, existe un mayor valor a cargo de la UGPP de \$630.993,56 para esa anualidad.

Atendiendo lo anterior, esta Sala de decisión procedió a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, a partir de la cual se concreta el retroactivo adeudado por el mayor valor de mesadas pensionales al actor, entre el 15 de octubre de 2010 y la fecha de emisión de esta providencia (28 de febrero de 2022), en cuantía de \$125'452.331,75¹¹, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

De otro lado, esta Sala confirmará la decisión de primer grado de autorizar a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

11

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada convencional	Mesada pension vejez	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
15/10/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.329.744,56	\$ 698.751,00	\$ 630.993,56	3,53	\$ 2.229.510,6
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.371.897,00	\$ 720.901,41	\$ 650.995,59	14,00	\$ 9.113.938,3
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.423.069,00	\$ 747.791,03	\$ 675.277,97	14,00	\$ 9.453.891,6
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.457.792,00	\$ 766.037,13	\$ 691.754,87	14,00	\$ 9.684.568,2
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.486.073,00	\$ 780.898,25	\$ 705.174,75	14,00	\$ 9.872.446,5
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.540.463,00	\$ 809.479,13	\$ 730.983,87	14,00	\$ 10.233.774,2
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.644.752,00	\$ 864.280,86	\$ 780.471,14	14,00	\$ 10.926.595,9
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.739.325,00	\$ 913.977,01	\$ 825.347,99	14,00	\$ 11.554.871,8
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.810.463,00	\$ 951.358,67	\$ 859.104,33	14,00	\$ 12.027.460,6
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.868.036,00	\$ 981.611,88	\$ 886.424,12	14,00	\$ 12.409.937,7
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.939.021,00	\$ 1.018.913,13	\$ 920.107,87	14,00	\$ 12.881.510,2
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.970.239,00	\$ 1.035.317,63	\$ 934.921,37	14,00	\$ 13.088.899,2
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$ 2.080.966,00	\$ 1.093.502,48	\$ 987.463,52	2,00	\$ 1.974.927,0
Total retroactivo							\$ 125.452.331,75

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 125.452.331,75
Total	\$ 125.452.331,75

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el monto del mayor valor a cargo de la UGPP, para el año 2010, como el valor del retroactivo adeudado por concepto del mayor valor a cargo de la demandada, liquidado a 28 de febrero de 2022 y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como monto del mayor valor a cargo de la UGPP por la mesada pensional para el año 2010 a favor del señor GENARO DANIEL GOYES VILLAREAL la suma de **\$630.993,56** concretándose el retroactivo adeudado al actor con **14 mesadas** al año, del **15 de octubre de 2010 al 28 de febrero de 2022**, en suma de **\$ 125'452.331,75**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina y se cancelará debidamente indexado a la fecha en que se efectué el pago, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

QUINTO: 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 NANCY ASTRID
VELANDIA ESCAMILLA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ como apoderado 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. (fl.211).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas COLPENSIONES (fls. 212 a 213) y PROTECCIÓN S.A (fls.204 a 206), 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 10 de julio de 2020 (*Audiencia, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, cd. folio 197*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la ciudadana NANCY ASTRID VELANDIA ESCAMILLA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, suscrita el 21 de marzo de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la demandante NANCY ASTRID VELANDIA ESCAMILLA nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. sociedad con la cual la actora tiene vigente la afiliación, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante NANCY ASTRID VELANDIA ESCAMILLA, tales como cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieran causados en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto con la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de la aquí demandante VELANDIA ESCAMILLA, con sus aportes, al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADOS los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a las dos entidades que componen la demandada a saber PROTECCIÓN y PORVENIR, liquídense por secretaria, incluyéndose en ellas la suma de \$1.000.000 de pesos, valor en que se estiman las agencias en derecho y que deberán pagar por partes iguales, las entidades ya señaladas y de conformidad con los argumentos normativos señalados en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES ante la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por ese sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia”.

Es pertinente tener en cuenta, la apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado frente a la condena en costas que le fue impuesta; sin embargo, mediante providencia emitida en la misma audiencia, el juez de conocimiento rechazó el recurso formulado, argumentando, esta no es la oportunidad procesal para debatir la condena en costas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 C.G.P., decisión que no fue objeto de inconformidad por parte de esa administradora.

El apoderado de COLPENSIONES, apeló la decisión proferida por el juez de primera instancia, argumentando, con la decisión de ineficacia del traslado de la demandante se quebranta el principio de sostenibilidad financiera, que entorpece el pago de las pensiones de quienes ya venían aportando en el régimen de prima media. Dicha sostenibilidad se garantiza en tanto se mantienen los fondos económicos que permiten pagar a los pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de prestaciones futuras.

Solicitó, en el evento que se confirme la decisión del a quo, se considere la realización de un cálculo actuarial a cargo del fondo responsable del vicio o de la demandante, para poder soslayar la descapitalización del sistema¹.

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 (*expediente físico fls. 5 y 6*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 6 a 9 ibídem*), aspirando se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se condene a PROTECCION S.A., como AFP a la que actualmente se encuentra afiliada, al traslado de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con

¹ **Apoderado COLPENSIONES (58:02):** Muchas gracias su señoría, en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión tomada por este despacho para que sea resuelto por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con los siguientes argumentos.

Es de dejarle sentando a los magistrados que en la actualidad las decisiones tomadas por los despacho judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución, que fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues generó una situación caótica que es que, que des quebranta la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, ayudando al sostenimiento del mismo y desdibujando totalmente el régimen de prima media con prestación definida. La sostenibilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permiten pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados, y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar pensional.

Es por los anteriores argumentos que honorables magistrados no se debe declarar la nulidad o ineficacia del traslado, pues en ultimas sería el patrimonio público el cual entraría a pagar la pensión que llegara a percibir la parte demandante, ya que el ahorro individual que realizó la demandante se hizo de manera individual y no ayudo a financiar las pensiones de los demás pensionados del régimen de prima media con prestación definida y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

Por otro caso, en el evento que la Sala considere declarar la nulidad ruego a los magistrados considerar la realización de un cálculo actuarial a cargo bien sea del fondo responsable del vicio o del demandante, para soslayar la descapitalización del sistema, teniendo en cuenta que como lo menciona la sentencia SU 062 del 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado debería cumplir el requisito de las 750 semanas y adicionalmente tendría que pagar el cálculo de rentabilidad y en estos casos no se debe desconocer esta situación, en el caso que se llegare a declarar la nulidad. Por las anteriores consideraciones solicito a los honorables magistrados que integran la sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, revocar la decisión proferida en sentencia en primera instancia o en su defecto ordenar la realización del cálculo actuarial antes mencionado. Muchas gracias.

destino a COLPENSIONES, se condene a ésta última a aceptar los aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 4 de febrero de 1982, se imponga condena en costas.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, y en consecuencia se ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y sumas adicionales. Se ordenó a COLPENSIONES recibirla como afiliada sin solución de continuidad. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 31 de octubre de 1961 (folio 21) por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de septiembre de 2017 (folio 47) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse –tenía 55 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 634.82 semanas cotizadas a

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

Colpensiones equivalentes a 12.2 años (folio 35), 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 **21 de marzo de 1997**, con fecha de efectividad a partir del **1 de mayo de 1997** (páginas 104 y 106 por afiliación que hiciera a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, antes DAVIVIR y hoy PROTECCION S.A.(por fusión con ING de 31 de diciembre de 2012) 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 que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el

pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico. Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 ING, hoy PROTECCION 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 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

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

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

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

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

media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el

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

(…).

provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que fueron a su oficina unos asesores de ING, quienes hicieron una reunión grupal donde se les informó que como el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, podría perder sus aportes y que con el fondo privado iba a tener una pensión más alta y a menor edad, pero no les informaron las características, ventajas y desventajas del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy Protección) (Folio 104I), 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*

⁵ Audiencia del 10 de julio de 2020, récord 15:30

actus, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte

sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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 PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁶, a favor de quien se surte la consulta (*folio 71*), 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 aportes y rendimientos, por ser consecuencia de 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

⁶ 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 proferido el 7 de septiembre de 2018 (folios 125 y 126).

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

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

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

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

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

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de ordenar un cálculo actuarial y el pago del mismo con cargo al responsable del traslado al RAIS o a la demandante, con miras a conjurar la descapitalización del sistema, la misma se torna improcedente como quiera que no existe pretensión en este sentido y el asunto tampoco fue objeto de debate a lo largo del proceso.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose agotado la apelación y surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDNA RUTH NIÑO
MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2020 00279
00)**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ como apoderada sustituta de la demandada PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA en su calidad de apoderada principal de la entidad (fl. 7). Igualmente se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de apoderada principal de la entidad (fl. 21 vuelto).

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 6) por COLPENSIONES (fls. 18 a 21) y la parte demandante (fl. 16) 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 1° (primero) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 18 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “39 AUD. ORD. 15-2020-279 grabación de la reunión, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora EDNA RUTH NIÑO MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía N° 63321436, del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad efectuado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el día 28 de mayo de 1998, al igual que el traslado horizontal efectuado a la AFP PORVENIR el día 27 de febrero de 2003, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO:DECLARAR válidamente vinculada a la demandante EDNA RUTH NIÑO MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía N° 63321436, al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por COLPENSIONES, como si nunca que hubiere trasladado de régimen pensional, conforme a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora EDNA RUTH NIÑO MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía N° 63321436, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, según se expuso.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN a favor de la accionante, se fija la suma de \$500.000 pesos como agencias en derecho a cargo de cada una de las mencionadas entidades.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto de apelación la presente decisión remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

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

Así, en primer lugar PORVENIR, señaló, si bien existe un precedente judicial amplio respecto al deber de información este se debe analizar de acuerdo a las particularidades de cada afiliado y en el presente caso, a partir del material probatorio se constata que la actora tuvo acceso a la información necesaria, clara y suficiente respecto a las características y condiciones pensionales del RAIS

donde ha permanecido por más de 20 años, por lo que no es aceptable que ahora manifieste desconocer sus características.

Hizo referencia a los actos de relacionamiento que se configuraron con los traslados horizontales que la actora efectuó dentro del régimen de ahorro individual y a que su voluntad de permanecer en este régimen se ratificó cada vez que se trasladaba en administradoras. Recabó en que la demandante si tuvo conocimiento de las características del Régimen de Ahorro Individual y tuvo acceso a la información proporcionada por las administradoras por los canales dispuestos para ello.

Aludió, PORVENIR S.A. siempre ha actuado dentro del marco de la buena fe y hoy en día no se le pueden endilgar cargas respecto al deber de información, distintas a las vigentes en el momento en que se produjo el traslado. Se apartó de la condena relativa a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que estos descuentos son autorizados por la ley y su devolución configura un detrimento al patrimonio de Porvenir S.A. y se está desconociendo el actuar responsable de la administradora durante el tiempo que ha estado afiliada la demandante¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del*

¹ **“Apoderado PORVENIR (1:22:54):** Gracias su señoría, haciendo uso de esta oportunidad procesal muy respetuosamente, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, se sirva revocar las condenas impuestas en contra de mi representada, fundamentándome en las siguientes consideraciones.

Si bien es cierto, Honorable magistrados la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio en materia del deber de información, lo cierto es que también se ha señalado que, se deben analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados que pretenden se declare la ineficacia o nulidad de su traslado de régimen pensional. En este caso, aun cuando, pues mi representada no resulta ser la administradora mediante la cual se realiza, pues este acto jurídico otro lado régimen pensional, si pues queda claro (inaudible) materiales probatorios allegados al plenario que la señora demandante tuvo acceso a la información y necesaria, clara y suficiente sobre las características esenciales y las condiciones pensionales en las cuales se encontraba afiliada por algo más de 20 años. En ese entendido, se rechaza de manera tajante que desconozca hoy en día características del régimen de ahorro individual, como quiera que hoy en día, pues quedó demostrado que conoció o más bien tuvo a su disposición todos los canales informativos, no sólo con PORVENIR, sino también con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, en ese entendido, pues en ningún momento hizo uso de estos medios o canales de información, también obviando sus deberes como consumidora financiera que estableció el decreto 2241 del año 2010.

De igual manera, pues da cuenta el historial de movimientos de la señora demandante, los aportes voluntarios, siendo una característica también privativa a este régimen pensional, situación pues que no se puso en consideración por parte del despacho al momento de emitir sentencia, y por otro lado, pues los actos de relacionamiento que se configuraron con estos traslados horizontales, pues también deben tenerse en cuenta como quiera que se deben sopesar y se deben valorar, en el

C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “ 39 AUD. ORD. 15-2020-279 grabación de la reunión record 1:22:54, expediente digital).

A su turno, COLPENSIONES señaló, la demandante si recibió información por parte de AFP Colmena y tuvo conocimiento de las características del régimen que escogió al punto de trasladarse a varias administradoras del régimen de ahorro individual, lo que corresponde a actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento de determinar la ineficacia del traslado. Estimó, lo

entendido de que la voluntad de la señora Demandante, pues se fue, se fue ratificando cada vez que pues se suscribía o trasladaba entre las administradoras convocadas aquí a juicio.

En ese entendido Honorables Magistrados, pues claro que la señora demandante si conoció las características que versaban sobre sus condiciones personales. Asimismo tuvo acceso a los canales de información proporcionados por los administradoras, a los cuales se encontraba afiliada y como otro punto pues se debe señalar que el actuar de PORVENIR, pues siempre han marcado entre la buena fe objetiva y no se le puede endilgar hoy en día unas cargas o un nivel de información no vigente para el momento en que se produjo, pues el traslado horizontal y pues máxime y cuánto puede resultar no ser la administradora de la cual pues se realizó el traslado régimen pensional.

Como otro punto de mi apelación, me aparto respetuosamente del Numeral tercero de la sentencia, como quiera que pues mi representada, si bien no se opone al reintegro de los aportes obligatorios como quería que son propiedad de la señora demandante, y eso en ningún momento, pues se ha puesto en tela de juicio. Pues si nos apartamos respetuosamente el reintegro de los gastos de administración y por seguros previsionales, como quiera que estos rubros son autorizadas por la ley 100 de 1993, su artículo 20, y pues el hecho de que sean descontados por parte del patrimonio propio de PORVENIR resulta configurarse en un perjuicio para la administradora que yo represento en ese entendido, pues se debe tener en cuenta qué PORVENIR no descontó estas suma de caprichosa, sino que únicamente por ser autorizadas, por la misma ley 100 de 1993 y así mismo, con el objetivo y el propósito de amparar la señora demandante frente a las contingencias de la invalidez o la muerte, en ese entendimiento, se está desconociendo el actuar pues responsable y profesional que he realizado mi representado a lo largo de la afiliación de la señora Demandante. En este punto, pues también me permito señalar que la Superintendencia financiera ha indicado que estos traslados de regímenes pensionales, de estos al traslados de dineros perdón se deben realizar al tenor del artículo, del Decreto 3995 del año 2008, en el cual sea, pues ha contemplado las restituciones mutuas que se van a realizar al momento en que se traslade, no se ordene estos traslados de dineros a la luz de la ineficacia o nulidad de la afiliación en este entendido, pues funciona mi representada que existiendo una norma que regula tal situación, no se ve razón atendible para apartarse de esto, pues incluir conceptos que pues por razones de ellas PORVENIR pues ya no posee como los seguros previsionales, y también pues se estaría desconociendo la gestión de de los gastos de administración que han producido en los rendimientos financieros de la señora demandante en su cuenta de ahorro individual.

En estos términos, pues solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, se sirva revocar las condenas impuestas en contra de mi representada y, en consecuencia, pues absolverla de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra en estos términos de su sentado mi recurso. Muchas gracias su señoría”.

manifestado por la actora en su interrogatorio no es conclusivo de una falta de información.

Solicitó se tenga en cuenta que la ineficacia del traslado no puede predicarse de manera automática sino que depende de las circunstancias particulares de cada caso y, en el asunto bajo estudio, deben tenerse en cuenta las inconsistencias en el interrogatorio absuelto por la demandante, así como los traslados horizontales y las diferentes oportunidades que tuvo para retornar al RPM.

Frente a la condena en costas, estimó no pueden imponerse más cargas a la entidad, teniendo en cuenta que no influyó en la decisión voluntaria de trasladarse al RAIS, que en su momento adoptó la demandante. Estimó, las costas no corresponden a una sanción automática, sino que se debe demostrar su causación para proceder a su imposición² (*archivo “39 AUD. ORD. 15-2020-279 grabación de la reunión record 1:22:54, expediente digital*).

² **Apoderada COLPENSIONES (1:27:38):** Gracias su señoría, de acuerdo a las instrucciones de mi representada y siendo la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia de la siguiente manera.

De acuerdo a los hechos y pruebas del presente proceso, no pueden concluirse en acceder a la pretensión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante, ya que se pudo establecer que si se le brinde información al momento del traslado a COLMENA y que la misma si tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tan así que se trasladó horizontalmente en diferentes fondos del mismo régimen y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sentencias ya referidas son consideradas como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento determinar ineficaces del traslado.

De la misma manera, de acuerdo con lo dicho en el interrogatorio de parte no puede ser tenida en cuenta para determinar la ineficacia, ya que una decisión libre y voluntaria de la cual no cumplió las expectativas económicas, no concluye una falta de información, causal invocadas para las pretensiones de la demanda.

Igualmente solicito se tenga en cuenta que la ineficacia del traslado no puede predicarse de manera automática e inconsulta, sino que depende de las circunstancias particulares de cada caso, en el presente asunto se establece inconsistencias dadas por la demandante en su demanda y su interrogatorio de parte. Igualmente los múltiples traslados horizontales y los múltiples momentos que tuvo la misma para trasladarse al régimen de prima media y hasta la realización de aportes voluntarios en el fondo privado, al cual se encuentra afiliada,.

De la misma manera con respecto a la condena en costas a mi representada no pueden imponerse más cargas a la misma, teniendo en cuenta que en ningún momento, influyó en la decisión voluntaria de la demandante, en su traslado al régimen de ahorro individual, además, conforme a la legislación vigente, estas costas no es una sanción automática, sino que deben, deben demostrar su causación para su 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 de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 6 a 7, archivo “01Demanda.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 9, ibídem), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., mediante el formulario de vinculación, por haber existido un vicio en su consentimiento; se declare que continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES: se condene a PORVENIR S.A. a devolver todos los aportes de la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, 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 actual 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 convocante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financiero, sin descontar gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLMENA AFP hoy PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Por lo antes expuesto, solicito honorable Tribunal de Bogotá, Sala laboral, revoque la sentencia proferida y se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones de la demanda. En tal sentido, dejó sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de diciembre de 1965 (*página 3, archivo “01Demanda.pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 21 de julio de 2020 (*páginas 33 a 38, archivo “01Demanda.pdf”, expediente digital*) y a Porvenir S.A. el 10 de agosto de 2020 (fls. 46 a 52 ibidem) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía tan solo 151 semanas de cotización a Colpensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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, se efectuó el **28 de mayo de 1998**, efectivo el **01 de julio de 1998**

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

(páginas 34 y 49, archivo “14 Escrito contestación Protección, expediente digital), por afiliación que hiciera a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme se desprende de la información consignada en el formulario de afiliación y el reporte SIAFP. Expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica

(entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

noviembre de 2011⁵, 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional

causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que

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

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

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

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

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

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

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

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de 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”.

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

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

(…)

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

(…).

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal

“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.

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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el traslado obedeció a una decisión de la compañía en la que trabajaba en ese momento; no tuvo contacto con ningún asesor de la AFP; la información general se la suministró el gerente financiero de la empresa, que le indicó, como el ISS iba a desaparecer, la compañía recomendaba hacer el cambio a la AFP COLMENA; lo mismo sucedió cuando se trasladó a PORVENIR S.A., cambio que se hizo por iniciativa del empleador, pero en ninguna de las ocasiones no se le informaron las características del régimen privado. Refiere únicamente hasta hace dos años, se acercó al fondo de pensiones para solicitar información relativa a su pensión. Añadió, no hizo aportes voluntarios a ninguna de las administradoras.

Respecto al comunicado de prensa (**páginas 56 a 58, archivo “14 Escrito contestación Protección”, 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

⁶ Audiencia del 18 de noviembre de 2021, récord 15:40

el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen, (28 de mayo de 1998, efectivo el 01 de julio de 1998) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, aclarando frente a la apelación de PORVENIR S.A., la demandante en su interrogatorio manifestó que no ha efectuado aportes voluntarios al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en todo caso, si ello hubiera sido así, tal circunstancia no acredita que las demandadas hubieran cumplido con su deber de información en los términos ya enseñados.

Valga también 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*folios 31 archivo 25 Escrito contestación Porvenir*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos

fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliado el demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (página 7, archivo “17Contestación.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

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 10 de septiembre de 2021 (archivo 26 auto tiene por contestada.pdf”, expediente digital).

consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

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

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

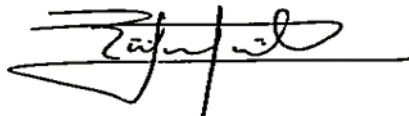
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 JEANNETTE TRIANA
AVILA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 15 2020 00450 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 MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA .en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (fl. 7).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls 3 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:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 4 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “39Audiencia04Noviembre2021Ord2020450”, expediente digital record 1:49:57*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante JEANNETE TRIANA AVILA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora PROTECCION S.A., el día 20 de marzo del año 1996, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicho fondo PROTECCION., traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante correspondiente a los aportes y rendimientos a la administradora del Régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna vez tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. En estos términos **DECLARAR NO** demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES., se remitirán las diligencias al Superior para efectos que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta”.

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 1, archivo “01Demanda.pdf”, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*página 2 ibídem*), aspirando se declare la nulidad del traslado de Colpensiones al fondo privado Protección S.A., debido a la falta de información veraz, completa y oportuna; se ordene a Protección S.A. que realice la devolución de todos los aportes, intereses y bono pensional de la cuenta de la demandante a COLPENSIONES; la indexación de las sumas objeto de condena, 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, ordenando en consecuencia a PROTECCION S.A., como administradora a la que se encuentra afiliada la actora, a devolver a COLPENSIONES todos los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, correspondientes a los aportes y rendimientos y a COLPENSIONES a recibir dichos recursos, reactivar

la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de noviembre de 1964 (*página 1, archivo “02Anexos.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 COLPENSIONES el 4 de noviembre de 2020 (*página 5, archivo “02Anexos.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 419 semanas cotizadas a Colpensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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

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

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de marzo de 1996**, con fecha de efectividad a partir del **1 de mayo de 1996** (página 32 y 33, archivo “14 Escrito Contestacion Proteccion.pdf”, expediente digital) por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN 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 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 tunc², 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

² Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 PROTECCION 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 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “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

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

presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

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

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

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

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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 demandante⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1996, cuando trabajaba en la sociedad ACES, ella y sus compañeros de trabajo fueron visitados por asesores de PROTECCIÓN S.A., quienes en una reunión colectiva les sugirieron el traslado a esa administradora argumentando que el Instituto de Seguros Sociales podía acabarse. Les hablaron de un ahorro programado que iba a ganar intereses, pero no se les informaron las características, ventajas y desventajas del RAIS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (Página 32 archivo “14 EscritoContetacionPorteccion.pdf”, expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos

⁴ Audiencia del 4 de noviembre de 2021, récord 0:27:09

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCION S.A. omitió en el momento del traslado de régimen, efectivo el **1º 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 **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁵, a favor de quien se surte la consulta (*páginas 26 y 27, archivo “26. EscritoContestacionColpensiones.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

⁵ 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 proferido en audiencia del 4 de noviembre de 2021 (*archivo “40ActaAudiencia04Noviembre21.pdf”, expediente digital*).

la devolución de aportes y rendimientos, por ser consecuencia de 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, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA EUGENIA VILLA
CONTRA PORVENIR S.A. y como vinculados COLPENSIONES y
COLFONDOS S.A. (23 2019 00630 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 las demandada COLPENSIONES y PORVENIR (folios 114 a 121 y 123 a 125, respectivamente), 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 COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 25 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 42:24, CD folio 114, acta folios 112 y 113*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por la demandante MARIA EUGENIA VILLA GIRALDO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en principio en este caso por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y por ende, sufre la misma suerte el traslado horizontal realizado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante esto es entre el 1 de septiembre del 94 al 31 de diciembre de 1996, rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, como consecuencia de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se deberán devolver debidamente indexadas desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

Como parágrafo, autorizamos efectuar como único descuento el dinero que transfirió hacia la AFP PORVENIR con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante, efectiva el 1 de enero del 97.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante, junto con los rendimientos

causados y pagados, sin descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que igualmente se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR que la señora demandante MARIA EUGENIA VILLA GIRALDO se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES, conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, a favor de la demandante.

SÉPTIMO: SE ORDENA la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES”

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

Así, en primer lugar COLFONDOS recurre el fallo en lo que tiene que ver con los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que conforme con la buena gestión realizada por su representada se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la demandante, no evidenciándose perjuicio alguno, aunado a que ya no cuenta con ellos por cuanto estos se utilizan para adquirir las pólizas de seguros previsionales, y también se trasladan en un porcentaje para el fondo de solidaridad, razón por la cual considera la condena impuesta de devolver los gastos de una manera indexada, se otorgaría como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, así como tampoco se allega prueba siquiera sumaria de que se generó un daño, menoscabo o perjuicio a los aportes pensionales de la parte demandante, solicitando se revoque parcialmente la decisión. (Cd. fl. 114, record: 44:39)¹

¹ “Gracias su señoría, siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, solicito a los Honorables magistrados revoquen la condena a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que conforme con la buena gestión realizada por mi representada se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por la demandante, siendo así que no se evidencia perjuicio, es de señalar que si se declara la nulidad y se trasladan los aportes y los rendimientos, estos últimos se equiparán y son mayores a las sumas descontados por gastos de administración.

Es de resaltar que esto no lo tienen mi representada, por cuanto esto se utilizan para adquirir las pólizas de seguros previsionales, y también se trasladan en un porcentaje para el fondo de solidaridad y de ser así esta última tendría que estar vinculada en la presente demandad, con el fin de que devuelva lo recibido por concepto de la afiliación de la demandante, ya que se tendría un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad.

De otra parte, la condena a impuesta a mi representada de devolver los gastos de una manera indexada, se otorgaría como una condena en daños y perjuicios, situación fáctica que no fue discutida dentro del presente asunto, así como tampoco se allega prueba siquiera sumaria de que se generó un daño, menoscabo o perjuicio a los aportes pensionales de la parte demandante, contrario a eso la buena gestión de los aportes pensionales por parte de COLFONDOS generaron unos rendimientos que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por lo que no se generaron perjuicios y más a devolver lo que corresponde a cotizaciones y rendimientos, se entiende que se devuelve el 100% de la base de cotización y los intereses. Por lo tanto, se solicita realizar una ponderación entre lo que se descontó por gastos de administración y los intereses que se generaron en la cuenta de ahorro individual y se entiende que estos últimos son mucho mayores, máxime cuando esto debió discutirse a la luz de una responsabilidad civil.

De lo anteriormente mencionado solicito a los Honorable magistrados del Tribunal de Bogotá revocar parcialmente la sentencia de primera instancia. Gracias su señoría.”

PORVENIR S.A. asegura, el deber de información si bien pues ha existido desde el comienzo de las administradoras, lo cierto aquí dicho deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha incrementado a lo largo de los años las exigencias impuestas a todas las administradoras, sin embargo, considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en el que la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la ley 100 de 1993 y el decreto 663, se debían señalar características del régimen pero enfocado en pedir la coacción del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, por lo que se insiste las demás obligaciones o deberes nacieron con posterioridad a la afiliación de la demandante, y en virtud del principio de irretroactividad de la norma, no pueden ser exigidos a las AFP deberes que nacen con posterioridad a la afiliación, precisando la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a las normas citadas, y así pues decidió trasladarse de régimen pensional, decisión que se ratificó con su traslado posterior con la AFP antes HORIZONTE hoy PORVENIR, y con la permanencia que ella ha tenido todos estos años en el régimen de ahorro individual.

Por lo anterior aduce, no resulta justo que se le obligue a los fondos privados que entren a probar este deber de información, puesto que ello resulta en un imposible jurídico dado que han transcurrido más de 25 años de la afiliación de la demandante desde la decisión adoptada por ella en el año 1994 y el año 1997 con su traslado horizontal, decisión que insiste se ratificó con los años de cotización, expresando la única inconformidad que la actora tiene con el fondo privado, es lo concerniente a su mesada pensional, situación que no es suficiente para que se determine una ineficacia del traslado, dado que para dicho momento no era posible terminar si la demandante iba a lograr una mesada pensional.

Frente a la condena de devolver gastos de administración y demás conceptos considera que en virtud de las restituciones mutuas resulta contradictorio este tipo de condena, indicando se está en una circunstancia que desconoce el principio de igualdad en los efectos de la declaratoria de la ineficacia, aunado a que de acuerdo al artículo 20 de la ley 100, los aportes ya cuentan con una destinación específica y se hizo una correcta administración de los recursos de la demandante, que se ven reflejados en su cuenta de ahorro individual. (Cd. fl. 114, record: 46:55²)

² “PORVENIR su señoría, Gracias, estando en esta oportunidad procesal me permito interponer el correspondiente recurso de apelación en contra del presente fallo, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá apartándome de manera integral en lo dispuesto en el mismo, para eso expongo estos argumentos. El deber de información si bien pues ha existido desde el comienzo de la administradoras, algo que no discute PORVENIR señores magistrados, lo cierto aquí dicho deber ha tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha incrementado a lo largo de los años las exigencias impuestas a todas las administradoras, sin embargo, mi representada considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en el que la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la ley 100 de 1993 y el decreto 663, determina que pues se

Finalmente, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia en atención a que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la ley 979 del 2003 que modificó la ley 100 de 1993, además de no ser beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias SU 130 del 2013 y SU 062 del 2010.

Señala que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión a recibir en el régimen de prima media y en el RAIS, por sí sola no constituye prueba que al momento del traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño, o una equivocada información por parte del fondo.

deben señalar características del régimen pero sobre todo enfocado en pedir la coacción del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, por lo que se insiste que deberes u obligaciones que nacieron en el deber de información digamos como realizar alguna comparación entre regímenes, analizar el caso en particular, llegar a realizar una proyección pensional, pues obligaciones o deberes que nacieron con posterioridad a la afiliación de la demandante, y pues en aras del principio de irretroactividad de la norma, pues no pueden ser exigidos a las AFP deberes que nacen con posterioridad a la afiliación, se tiene pues que la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a las normas citadas, y así pues decidió trasladarse de régimen pensional, decisión que pues se puede ver que se ratificó con su traslado posterior con la AFP, antes HORIZONTE hoy PORVENIR, y con la permanencia que ella ha tenido todos estos años en el régimen de ahorro individual.

Por lo anterior señores magistrados no resulta justo que se le obligue a los fondos privados que entren a probar este deber de información, puesto que esto resulta en un imposible jurídico pues han transcurrido más de 25 años de la afiliación de la demandante, de la decisión adoptada por ella en el año 1994 y el año 1997 con su traslado horizontal, decisión que se insiste que se ratifica con los años, los años de cotización, su traslado posterior y no haber hecho ninguna gestión para trasladarse al Instituto de los seguros sociales, por lo que se puede hablar que ella estaba conforme con la gestión realizada por parte de los fondos privados, y que pues lleva a esto como lo manifestó en su interrogatorio que la única inconformidad que ella tiene con el fondo privado, pues es lo concerniente a su mesada pensional, y esta situación no es suficiente para que se determinado una ineficacia del traslado, se recuerda que para dicho momento no era posible terminar si la demandante iba a lograr una mesada pensional, cuando faltaban más de 20, 25 años para causar el derecho. También porque se desconocía las cotizaciones, la tasa de reemplazo que se iba a utilizar para el momento en el que se hiciera efectivo pues el reconocimiento pensional, por lo que no es justo que por haber una condiciones diferentes entre las dos pensiones o entre los dos regímenes pensionales pues entonces lo fondos aquí incumplen con su deber de información, por esto se llegue a los fondos, o se llegue a demandar a esta declaratoria de ineficacia, siendo esto esta acción desconocer las condiciones de financiación dispuesta por la ley 100 de 1993, con la creación de los fondos privados.

Adicionalmente, señores magistrados como lo señale en mis alegatos de conclusión tenemos que pues conforme con la demanda existen negaciones indefinidas de no recibir información para el momento del traslado, y pues como ha señalado la Corte se invierte la carga de la prueba a las administradoras, pero bien en el interrogatorio de parte quedo claro que no puede hablarse de negaciones indefinidas pues de acuerdo a esta prueba, la demandante dice no recordar nada respecto a su afiliación a COLFONDOS, entonces hay al no recordar nada, no quiere decir entonces que COLFONDOS no hubiera brindado (inaudible) y que pues hubiera faltado a su deber de información, por lo que considero que pues en este proceso no debería operar esa inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, señores magistrados referente a la condena de devolver gastos de administración y demás conceptos considera mi representada que en virtud de pues restituciones mutuas resulta contradictorio este tipo de condena, por cuanto se declara este traslado y por lo tanto se pierden los efectos de este acto, y por esta situación se condena a los fondos a devolver estos conceptos, sin embargo, si fuera a dejar sin efectos este acto jurídico la actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos generados por la gestiones realizadas y más cuando han sido por incumplimiento a un deber legal les asiste todo a los fondos, a las administradoras y es claro que estamos en una circunstancia que desconoce el principio de igualdad en los efectos de la declaratoria de la ineficacia, aunado a que de acuerdo al artículo 20 de la ley 100, pues establece cuales son los aportes y a que están destinados y si en ese sentido pues mi representada hizo alguna abducción por estos conceptos, pues ella lo hizo amparada en la ley e hizo una correcta administración de los recursos de la demandante, que se ven reflejados en la cuenta de ahorro individual de ella.”

Por lo anterior, entonces solicito Honorables magistrados en primera medida revocar el presente fallo en su integridad o en caso de que se confirme se nos absuelva de la condena de devolver gastos de administración. Muchas gracias.”

Precisa que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime que si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información de las condiciones al momento del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, quien decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a la ineficacia solicitada. (Cd. fl. 114, record: 46:55³)

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 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 5 a 7), aspirando principalmente se declare nula la vinculación y traslado del régimen de prima media al RAIS, en consecuencia se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación junto con los rendimientos que se hubieren causado y el pago de las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a dicha administradora y a PORVENIR, como actual administradora al que se encuentra vinculado, trasladar a COLPENSIONES los valores que hubieran recibido con motivo de su afiliación sin lugar a efectuar descuento alguno, ordenando que dicha devolución se haga de manera indexada, así mismo declaró que para efectos pensionales, la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con

³ “Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior Sala laboral, solicitando de manera respetuosa se revoque dicha sentencia teniendo en cuenta en primer lugar honorable magistrados que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señala en la ley 979 del 2003 que modificó la ley 100 de 1993, además no es beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional, como la SU 130 del 2013, y la SU 062 del 2010.

Ahora bien, honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 0087 01 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indicó que la simple manifestación de inconformidad que el valor de la pensión a recibir en el momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba que al momento del traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño, o una equivocada información por parte del fondo. Lo anterior, teniendo en cuenta honorables magistrados que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que su principal motivación de trasladarse a COLPENSIONES y de dicho proceso es porque se encuentra informe con la mesada pensional que va a recibir en este momento por parte del RAIS.

También debe tenerse en cuenta que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime que si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información de las condiciones al momento del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide seguir cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria por más de 20 años, esto teniendo en cuenta que ella dura más de 20 años en dicho traslado y por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada y solicito de manera respetuosa se revoque la sentencia. Gracias.”

prestación definida administrado por COLPENSIONES. Lo anterior tras considerar, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, que la demandada COLFODNOS 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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 7 de mayo de 1962 (*Cd fl. 114, archivo “CONTESTACION Y ANEXOS” página 31*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, sin que obre prueba de haber solicitado su traslado cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 61.71 semanas que corresponden a 1 año, 2 meses y 12 días (*Cd fl. 114, archivo “CONTESTACION Y ANEXOS” página 33*), 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 **9 de agosto de 1994** (*Cd fl. 114, archivo “CONTESTACION Y ANEXOS” páginas 29, 31*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme la información consignada en la historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y el SIAFF,

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 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

precisándose, en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito –el cual no reposa en las diligencias- no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente.

Lo anterior impone a la AFP demandada COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama

que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia 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

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

relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).
Así, discurrió

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

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

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

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

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad, 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 ineffectividad 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 ineffectividad 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 ineffectividad distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineffectividad 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 ineffectivo, 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 ineffectividad. 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.

Del mismo modo se advierte, el presente asunto no se enmarca el asunto en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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.

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

“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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues ni tan siquiera recuerda haber firmado el formulario con COLFONDOS sino con PORVENIR entidad con la que asegura se afilio pues la oficina de recursos humanos de la empresa a donde se estaba vinculando en 1995 le dio el formulario para que lo firmara sin ningún tipo de asesoría.

Respecto al comunicado de prensa (*páginas 61 a 63* archivo “*CONTESTACION Y ANEXOS*” Cd. Fl. 114), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe 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 al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración 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, empero dicho documento ni siquiera se incorporó como medio de prueba.

Aquí también debe resaltar esta Sala, en punto a la apelación de PORVENIR y COLPENSIONES 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, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste

⁷ Cd folio 114, récord 8:40.

desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de agosto de 1994 con fecha inicio efectividad 1º de septiembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto a PORVENIR y COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos

de pensiones COLFONDOS 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 a COLPENSIONES, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*historial vinculaciones SIAFF pagina 29 archivo "CONTESTACION Y ANEXOS" Cd fl. 114*) como lo afirma PORVENIR en su alzada, 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 y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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 2° de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo 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 la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora (*Certificación pagina 53 archivo “CONTESTACION Y ANEXOS” Cd fl. 114*), de todos los costos cobrados por concepto de administración y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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, frente a los argumentos de apelación de COLFONDOS y PORVENIR, relacionados con la devolución de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos 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 (...).”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliado la demandante, de ahí la condena efectuada por el juez a quo a COLFONDOS, lo anterior por virtud del restablecimiento de las

cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello represente una condena adicional pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta-⁸ (folio 57 expediente físico) 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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 9 de febrero del 2021 (folio 102 expediente físico)

excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)" (Negritas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

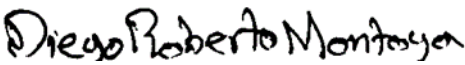
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 23 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

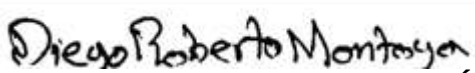
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA LUDIN ACOSTA MORENO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y como vinculadas¹ LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (RAD. 24 2018 00421 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SANDRA MONICA ACOSTA GARCIA, como apoderada judicial de la demandada NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en los términos y para los efectos de la delegación realizada mediante Resolución 0849 del 19 de abril del 2021 (folios 195 y 196).

Así mismo, se reconoce personería para actuar a la abogada DIANA MARCELA MENDIVELSO VALBUENA, como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado por la Dra. SANDRA MONICA ACOSTA GARCIA (folio 194).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los apoderados de la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y de la DEMANDANTE (folios 192, 193, 204 y 205), lapso durante el cual las demás partes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con

¹ El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 30 de agosto del 2019 – visible a folio 104- y atendiendo la solicitud efectuada por PORVENIR en la contestación a la demanda, dispuso la integración del litisconsorcio necesario con la Fiduprevisora S.A., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones.

fundamento en el artículo 15 numeral primero 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 de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de septiembre del 2021 (Cd fl. 186, récord 18:50, acta a folio 187), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR a la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que proceda a la emisión, expedición y pago del bono pensional tipo A, al cual tiene derecho la señora ANA LUDIN ACOSTA MORENO, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Una vez se cumpla la obligación impuesta al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se ordena a la AFP PORVENIR cancelar a favor de la señor ANA LUDIN ACOSTA MORENO, los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual en un término improrrogable de 30 días posteriores al cumplimiento de la gestión ordenada al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en este aspecto, en este punto el despacho modifica la decisión o el tiempo determinado en la parte motiva de esta providencia y fija un término de 30 días para que quede coherencia en la parte motiva y en la parte resolutive de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A a pagar los intereses de mora en la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera al momento del pago en el evento que una vez quedé surtido el trámite del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se tarde más de un mes en proceder el pago del título (sic), en proceder el pago de la devolución de saldos en favor de la demandante, ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones elevadas por las demandadas.
QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones elevadas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR en Costas incluidas las agencias en derecho a la AFP PORVENIR y a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en la suma única de \$1.000.000 pesos a favor de la demandante. Recordemos que este monto es a cargo de cada una de las demandadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado Jurisdiccional de Consulta, en favor de la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de PORVENIR interpuso recurso de apelación manifestando oponerse a la entrega de los dineros de la actora, en tanto dichos ahorros no son de libre destinación y como consecuencia de ello no deben legalmente entregarse, pues tales aportes tienen una destinación

específica, que es la de financiar la pensión e incrementar su cuantía, no siendo factible que estos valores se entreguen en tanto es la norma la que expresamente señala cual es la destinación de estos recursos, sin que se mencione la posibilidad de que sean devueltos, razón por la cual no comparte la decisión del a quo en cuanto a la compatibilidad con la pensión de la que hoy goza la accionante, máxime si se tiene en cuenta que la actora está solicitando de igual forma aportes provenientes del bono pensional, lo anterior en concordancia con el artículo 128 de la Constitución Nacional, precisando como quiera que la demandante ya se encuentra pensionada, es la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la llamada a recibir por parte de PORVENIR los aportes que la actora tiene en su cuenta de ahorro individual.

Aduce que PORVENIR ha actuado conforme a la Ley convencido completamente de que la obligación de devolver estos aportes no está bajo su responsabilidad, precisando mientras los dineros se encuentran en manos de COLPENSIONES y del MINISTERIO DE HACIENDA, nada puede hacer el fondo hasta tanto dicha suma ingrese a la cuenta de ahorro individual de la afiliada y mal podría condenarse a la devolución de los aportes, si no están en manos de PORVENIR, solicitando se revoque la condena impuesta como también las costas a las cuales fue condenada². (Cd fl. 186, récord 21:22, acta a folio 187).

² “Doctor yo voy a presentar recurso de apelación. De manera respetuosa y de conformidad con lo consagrado en el artículo 65 del Código procesal de trabajo, me permito manifestar que interpongo recurso de apelación en contra de la decisión proferida por su despacho, tal y como lo menciona el despacho, se probó al despacho que la actora que se encontraba pensionada por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el despacho ordena hoy la devolución de los aportes a la actora ignorando con esta decisión que tanto mi representada como COLPENSIONES, como el MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE BONOS PENSIONALES consideran, coinciden en oponerse en la entrega de ellos ahorros de la actora, indicar que estos ahorros no son de libre destinación y como consecuencia de ello no deben legalmente entregarse a la actora, lo cierto es que estos aportes tienen una destinación específica, que es la de financiar la pensión e incrementar su cuantía, no siendo factible que estos valores se entreguen a la misma, pues la norma expresamente la destinación de estos recursos, sin que se mencione la posibilidad de que estos sean devueltos a la actora, el artículo 17 de la ley 549 de 1999 en su inciso 4, claramente indica que, sin perjuicio de los requisitos de acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados y cotizados en el sector público y los cotizados en el ISS, serán utilizados para financiar la pensión, de conformidad con los anterior, es claro que no le asiste razón al a quo en su decisión pues reiteró que por disposición legal estos aportes no son aportes de libre disponibilidad, la entidad que representó no es una entidad financiera, es un banco en el cual se ahorra dinero para que sea devuelto más adelante en solicitud del aportante en cualquier momento, por lo que no se comparte la posición del a quo que estos aportes son compatibles con la pensión que hoy goza la actora, máxime si se tiene en cuenta que la actora solicitando de igual forma aportes provenientes del bono pensional, lo anterior en concordancia con el artículo 128 de la Constitución Nacional, la entidad que represento es una entidad de seguridad social que tiene como finalidad garantizar a los afiliados a la buena administración y destinación de los aportes obligatorios, que no es otra diferente que estar encaminada a financiar y garantizar la pensión de esos afiliados, y en todo caso garantizar con esos recursos la pensión futura de estos, por lo cual, no son viables la solicitud de la actora, pues de conformidad con la ley estos aportes están encaminados a incrementar los saldos de sus cuenta de su pensión y no pueden ser legalmente entregados a la actora, esta no es la filosofía del ahorro pensional doctor, por lo cual reiteró que toda vez que la actora ya se encuentra pensionada por la entidad del régimen de prima media que es la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es esta entidad la llamada a recibir por parte de PORVENIR, los aportes que la actora tiene en su cuenta de ahorro individual.

Por su parte el MINISTERIO DE HACIENDA en la alzada, solicita se adicione la sentencia ya que no se puede establecer directamente una obligación sin que antes la demandante no hubiere aceptado la liquidación provisional, señalando en autos no se ha efectuado ninguna liquidación provisional porque había un error en el sistema que determinaba que el bono era incompatible, en consecuencia señala la AFP nunca presentó solicitud de bono pensional porque no lo dejó ingresar al sistema y por ello no se puede determinar que la AFP efectuó el trámite ante el Ministerio, razón por la cual solicita se ordene levantar la restricción del bono pensional que había por la incompatibilidad del bono pensional con la pensión del magisterio, y en consecuencia, condenar a la AFP a efectuar los trámites administrativos para la solicitud y pago del bono pensional ante la OFICINA DE BONOS PENSIONALES, esto es, ingresando al sistema, bajando la liquidación provisional, poniéndosela de presente a la demandante y una vez sea aceptada la liquidación provisional en el plazo que determina la ley, la AFP debe proceder a ingresar al sistema la solicitud y pago del bono pensional, para que la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO una vez surtido ese trámite administrativo proceda a emitir y pagar el bono pensional dentro del plazo establecido³. (Cd fl. 186, récord 33:04, acta a folio 187).

Por lo anterior consideró doctor que es errada la posición del despacho por lo que ratificó mi solicitud al Honorable Tribunal de que se revoque la decisión del a quo y se ordene absolver a mi representada de la obligación de devolver los saldos de la cuenta de ahorros de la actora, incluyendo la parte del bono pensional, una vez que el MINISTERIO DE HACIENDA cumpla con su obligación de emitir y redimir el bono pensional de ella, solicitando de igual forma se solicite revoque la condena que se impone a PORVENIR de costas, pues claro que PORVENIR ha actuado como bien se menciona el despacho cuando sustenta la posición de los recursos ha actuado de conformidad con la ley, convencido completamente de que esta obligación, que la obligación de devolver estos aportes no está en cabeza de PORVENIR y que no está, no es conforme a la ley hacer esta devolución a la actora. La AFP que represento PORVENIR ha actuado con buena fe, dando aplicación a la ley en lo concerniente al tema de devolución de saldos de aportes solicitados, teniendo como base que a la actora ya le fue reconocido su derecho pensional por la entidad que ya mencioné y que como consecuencia de esto no le asiste derecho el derecho de las pretensiones que la misma tiene con PORVENIR.

Todo lo anterior se reforma, se refuerza de igual forma en los argumentos de la respuesta del MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE BONOS PENSIONALES, soportado en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 que exceptúa a la actora de su rol de educadora de realizar aportes en el RAIS, artículo 128 de la Constitución que expresamente prohíbe más de una designación proveniente del tesoro público y la ley 91 de 1989 que establece que la pensión de los educadores se encuentra a cargo del Estado, razones de derecho estas por las cuales el MINISTERIO DE HACIENDA es enfático en reiterar que no se causa el derecho al bono a la actora, lo que efectivamente trae como consecuencia que no exista valor alguno a ser devuelto a la actora, argumentos que de igual forma fueron ratificados por COLPENSIONES en los documentos que allegó al despacho como el soporte de la posibilidad de conciliación.

Finalmente, mientras los dineros que se encuentran en manos de COLPENSIONES y del MINISTERIO DE HACIENDA en bono pensional, nada puede hacer el fondo en tanto estos entren en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y mal podría condenarse a la devolución de los aportes, si no están en manos de PORVENIR y menos en costas por la misma razón. Por todo lo anterior, ruego al Honorable Tribunal de Bogotá se revoque la decisión en lo pertinente a la devolución de saldos y la condena en costas a mi representada, pues evidente como ya lo indique que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para que sea condenado PORVENIR a devolver lo ahorros a la actora, pues existe un impedimento legal que claramente impide a mi representada la devolución de dichos valores, debiéndose obviamente devolver dicho aportes a la entidad que le reconoció y paga hoy el derecho pensional a la actora como ya lo indique. Básicamente estos son los argumentos del recurso de apelación y solicitaría al despacho que el mismo se conceda. Muchas gracias.”

³ “Doctor interpongo recurso de apelación bajo los siguientes argumentos: hay que establecer que el MINISTERIO está conforme en cuanto la condena en lo referente a lo que se orden al pago y emisión de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANA LUDYN ACOSTA MORENO, las pretensiones relacionadas a folio 2 del expediente, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 3; solicitando principalmente se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos de acuerdo a lo señalado en la Ley 100 de 1993 y que la pensión vitalicia de jubilación que actualmente percibe es compatible con la prestación que se está solicitando. En consecuencia, se ordene a PORVENIR a reconocer y pagar la devolución de saldos establecida en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de los valores no reconocidos y pagados oportunamente, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir, reconocer y pagar el respectivo Bono pensional a favor de la actora por las cotizaciones realizadas al ISS y a PORVENIR a cancelar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora en un término de 30 días

bono, lo que solicito al Tribunal Superior Sala Laboral se debe adicionar a la sentencia, en el sentido a que efectivamente el MINISTERIO no se puede establecer directamente una obligación, si antes el demandante no hubiera aceptado su liquidación provisional, caso como erradamente lo interpretó el juez al momento de solicitar la adición, toda vez que en este proceso no se ha efectuado ninguna liquidación provisional porque había un error en el sistema que determinaba de que el bono era incompatible, en consecuencia la AFP nunca presentó solicitud de bono pensional porque no lo dejó ingresar al sistema, y como lo establece el artículo 7 del decreto 3798 de 2003, recopilado por el decreto 1833 de 2016 la misma normatividad determina el plazo para la emisión de los bonos pensionales tipo A y dentro de esos plazo determina que siempre y cuando el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito, por intermedio de la administradora de pensiones del sistema general de pensiones, su aceptación del valor de la liquidación”, como se puede observar señores magistrados efectivamente la norma es clara al determinar que el demandante debe aceptar por escrito la liquidación provisional del bono pensional, teniendo en cuenta que aquí no se ha efectuado la liquidación provisional porque había una restricción en el sistema, por lo tanto la AFP nunca ha podido ingresar al sistema entonces no es procedente determinar que la AFP efectuó el trámite ante el ministerio, porque no pudo hacerlo porque el sistema estaba bloqueado, al declararse la incompatibilidad en consecuencia se debe ordenar a que se levante la restricción del bono pensional que había por la incompatibilidad del bono pensional con la pensión del magisterio, y en consecuencia, se debe adicionar la sentencia en el sentido, que debe condenar a la AFP a efectuar los trámites administrativos de para efectuar la solicitud y pago del bono pensional ante la OFICINA DE BONOS PENSIONALES, esto es ingresando al sistema efectuando la, bajando la liquidación provisional poniéndosela de presente al demandante, para haber si acepta la liquidación provisional, una vez sea aceptada la liquidación provisional en el plazo que determina la ley , la AFP debe proceder a ingresar al sistema la solicitud y pago del bono pensional, que la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO una vez surtido ese trámite administrativo proceda a emitir y pagar el bono pensional dentro del plazo establecido dentro del artículo 7 del decreto que acabo de hacer alusión.

En consecuencia solicito al Honorable Tribunal que se adicione la sentencia en ese aspecto, teniendo en cuenta de que no se puede condenar de manera directa si antes el demandante no ha aceptado la liquidación provisional, como lo dije el MINISTERIO no puede actuar de manera oficiosa, cuando desconoce la historia laboral del demandante y si esta correcta o no porque el único que sabe si la liquidación provisional del bono pensional es el demandante, teniendo en cuenta si la historia laboral que el mismo va a reconocer si esos tiempos que aparecen como cotizados en COLPENSIONES se encuentren correctos. En consecuencia, solicito al Honorable Magistrados revocar (sic), adicionar la sentencia de primera instancia en esos aspectos. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias su señoría.”

so pena de incurrir en intereses de mora, todo lo anterior tras considerarse la no existencia de incompatibilidad entre la pensión reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales y Económicas del Magisterio, de conformidad con las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia sobre la compatibilidad de las pensiones de vejez del sistema general de pensiones con la del magisterio.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada expresados por Porvenir y el Ministerio de Hacienda, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable, advirtiendo la discusión se centra en determinar si es procedente el reconocimiento del bono pensional a favor de la accionante en razón de las cotizaciones efectuadas en su momento al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Así las cosas, se ha de precisar, no es objeto de controversia la calidad de pensionada que ostenta la señora ACOSTA MORENO, en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 realizada por la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA, mediante Resolución No. 6149 del 3 de noviembre del 2015 (fls. 21 y 22), a partir del 18 de julio del 2015, con una mesada que para ese año ascendía a \$2.184.719.

En el asunto, tampoco se discute que la demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES 613,43 semanas, entre el 12 de septiembre de 1984 y el 31 de enero del 2000, según se advierte del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por la administradora de pensiones (folios 140 a 143) y que se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (folio 80).

En este orden de ideas, afirma la AFP PORVENIR en la apelación, que la actora no es acreedora del bono pensional, en atención a que se presenta incompatibilidad entre éste posible beneficio y la pensión reconocida, al tratarse de dos asignaciones provenientes del tesoro público, igualmente el MINISTERIO DE HACIENDA en su contestación al respecto adujo (fl. 110 vto):

“(…) debe aclararse que si bien los bonos pensionales se liquidan con base en la historia laboral de aportes que el afiliado al RAIS haya efectuado al ISS (hoy COLPENSIONES) o cajas de previsión antes de su vinculación a dicho régimen, NO POR ELLO, los bonos pensionales se “financian” con el valor de dichas cotizaciones, más aún, cuando el monto que por dichos aportes corresponda, aún hoy en día se encuentra depositado en la entidad a la cual fueron realizados los mismos, en este caso, en el ISS (Hoy COLPENSIONES).

*Se REITERA, este beneficio denominado bono pensional, creado por la Ley 100 /93, **SE LIQUIDA** con base en la historia laboral reportada por el ISS (Hoy Colpensiones), a través de su archivo laboral masivo, cuando se trata de empleadores **que cotizaron a dicho Instituto**, (...) pero, la **FINANCIACIÓN** de los mismos, NO TIENE QUE VER con el valor que por dichos aportes corresponda, dado que el bono pensional (...) se reconoce con cargo a los RECURSO PÚBLICOS de la Nación, emitiéndose por tanto un **TÍTULO DE DEUDA PÚBLICA** (...)”*

Así las cosas, procede la Sala a verificar si en efecto como lo afirman las enjuiciadas PORVENIR y el MINISTERIO DE HACIENDA con la condena impuesta en primera instancia se está violando el principio constitucional establecido en el artículo 128 de nuestra Carta Política, para lo cual resulta necesario verificar las fuentes de financiación tanto de la Pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá a la cual tuvo derecho la actora por acreditar los requisitos de la Ley 33 de 1985 (fls. 21 y 22) como la del bono pensional reclamado.

Precisando antes de abordar este estudio, no es cierto que la demandante no podía estar válidamente afiliada al sistema de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993 por pertenecer al régimen exceptuado para ese entonces, de que trata el artículo 279 de tal normativa, por cuanto precisamente lo dicho por esa preceptiva es que los educadores tienen un régimen de compatibilidad entre las pensiones percibidas a través de ese régimen exceptuado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) con las concedidas por los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, sin que se pueda entender que este artículo lo que predica es que ningún docente afiliado al FOMAG pueda, por vinculaciones de carácter privado, afiliarse a uno de los dos regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993, tan es así que el artículo 31 del Decreto 692 del 29 de marzo de 1994 (Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993) estableció:

Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores. *Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.*

En este orden de ideas, y como quiera que al estar los educadores excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social conforme lo establecido por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, quedo abierta la posibilidad para los docentes de acumular cotizaciones en uno de esos regímenes con el fin de incrementar la prestación

económica por vejez o entrar a disfrutar de ambas prestaciones, razón por la cual luce evidente que la afiliación efectuada en su momento por la convocante al ISS y posteriormente al RAIS administrado por la AFP PORVENIR resulta válida.

Pues bien, para resolver es importante anotar, la Corte Suprema de Justicia en casos análogos al presente, como máximo órgano de esta jurisdicción y en su función unificadora de la jurisprudencia, en reiteradas decisiones (SL451 de 2013, SL7421 de 2017, SL2655 de 2018, SL1257 de 2019, SL5092 de 2019, SL2649 de 2020 y SL3028 de 2021) determinó que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado a través de la devolución de saldos, advirtiendo, es perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión, en razón a que las cotizaciones que se pretende compensar fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales por servicios prestados a instituciones privadas y, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial, por lo que no existe incompatibilidad entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial. Puntualmente, en la sentencia SL451 de 2013, reiterada en sentencias SL7421–2017, SL1257–2019, SL5092 de 2019 y más recientemente en la SL3028 del 2021 sostuvo esa Corporación:

“En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que “(...) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.” (negrillas fuera de texto).

Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que “(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de

sobrevivencia. **3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.**” (negrillas fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones transcritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, **las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes**, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo. (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión “si a éste hubiere lugar”, no hace cosa diferente a prever que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, **esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.**

Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la

demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.

Y es que lo que se discutió en esta contención no fue el derecho del accionante a obtener la pensión de vejez, sino la falta de inclusión de un número importante de

cotizaciones por parte del ISS, efectuadas por los empleadores dentro del lapso comprendido entre febrero de 1969 y noviembre de 1979, tal cual lo sostuvo en la demanda inicial, y lo reclamó previamente ante el demandado. En ese orden, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados entre el 1º de enero de 1969 y el 28 de marzo de 2000, resulta inexplicable que el Instituto haya calculado el monto de la pensión de vejez con base en las cotizaciones efectuadas entre septiembre de 1991 y junio de 2004, que comprende un importante período tomado en cuenta por aquél Fondo para concederle la prestación jubilatoria, y no haya incluido los aportes que reclama el demandante.

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo, en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, en la que se expuso:

“Las alegaciones expuestas por la Institución demandada (al contestar la demanda) para oponerse al derecho pensional solicitado no son admisibles.

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.

La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro”.

El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de

naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adocrinó:

“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

*Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, **tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos.***” (Negrillas fuera de texto)

En consonancia con lo expuesto, se atiende el criterio proveniente de la Corte Suprema de Justicia que constituye una línea jurisprudencial, acogándose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos por constituir doctrina probable al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley

153 de 1887⁴, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria.

De tal manera, en el caso de autos, como quiera que el pago de la pensión de jubilación oficial a favor de la demandante fue en virtud del tiempo público prestado en calidad de docente (folios 21 y 22), lo que no le impidió haber acreditado tiempos distintos y anteriores con empleados privados (folio 140 y 141.), es claro que la financiación de una y otra prestación son diferentes, y en tal sentido no existe incompatibilidad entre el bono pensional tipo A cuyo reconocimiento aquí se persigue, con la prestación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá.

Tales disquisiciones resultan suficientes para desestimar los argumentos esgrimidos tanto por la AFP PORVENIR en su apelación como por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su contestación, debiendo por tanto confirmarse la sentencia de primer grado.

Ahora, en cuanto a la solicitud elevada por el MINISTERIO DE HACIENDA en su recurso de apelación, baste con señalar que la orden dada a tal cartera ministerial de emitir, expedir y pagar el bono pensional a que tiene derecho la demandante conlleva intrínsecamente la orden de realizar los trámites administrativos necesarios para el cumplimiento de la decisión tomada a través de esta sentencia judicial y por ende resulta evidente que tanto la AFP PORVENIR como el MINISTERIO DE HACIENDA deben dar cumplimiento al procedimiento establecido por ley para ello, con base en la sentencia aquí proferida, precisando la restricción que pueda existir para la liquidación del bono pensional se encuentra superada conforme a las consideraciones aquí señaladas, en tanto ya se determinó la inexistencia de la incompatibilidad entre la emisión del bono pensional tipo A y el reconocimiento de la pensión de jubilación devengada por la actora, situaciones que en todo caso no son óbice para acatar el presente fallo judicial dando aplicación al procedimiento establecido en el Decreto 3798 de 2003 - Art. 7 - recopilado en el Decreto 1833 de 2016, razones por las cuales no resulta procedente adicionar la sentencia en los términos señalados por el apelante.

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

⁴ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

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 dicha sociedad demandada, lo atinente a derecho es que sea condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las results del proceso.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por las recurrentes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, procediendo a la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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 MONICA RODRIGUEZ BARRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00105 01)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada PAULA HUERTAS BORDA como apoderada sustituta de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA en su calidad de representante legal de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S (folio 7).

Igualmente, se le reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 18 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR y COLPENSIONES (fls.4 a 6 y 15 a 18), 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 desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:01:44, audio archivo No. 11, acta archivo No. 12, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MONICA RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR. Fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000”.

Inconforme con la decisión el apoderado de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado, aduciendo si bien existe un precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, como quiera que se deben estudiar y determinar las particularidades propias de cada uno de los afiliados, precisando su representada cumplió en debida forma todas estas cargas en materia de información que eran oponibles para el año 1998, como quiera que en ese momento histórico no era exigible por parte de la legislación y de la jurisprudencia vigente un deber de buen consejo y doble asesoría como lo ha considerado la juzgadora de primer grado. Indica, dicho deber se ha hecho más exigible con el pasar de los años, situación que expresa no era previsible para PORVENIR, en tanto el criterio jurisprudencial ha sido sobreviniente.

Expresa, la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al régimen de prima media, pues no contaba con ninguna limitante para retornar al régimen de prima media -3 años después de realizada la vinculación-, no obstante señala decidió continuar en el régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, realizando sus aportes voluntarios, sin presentar o manifestar ninguna oposición al respecto.

Por otra parte manifiesta, la inconformidad de la accionante con el régimen de ahorro individual se deriva del monto de su mesada pensional, factor que no resulta suficiente para ser considerado como un elemento suficiente para viciar la voluntad de afiliación pues las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables.

Finalmente aduce, no resultar viable la devolución de los rendimientos financieros juntos con los gastos de administración, en tanto dicha característica resulta ser privativa del régimen de ahorro individual con solidaridad y pondría en una condición distinta a la demandante, precisando los gastos de administración ya se han agotado como quiera que esos rendimientos financieros han requerido de toda una gestión profesional por parte del fondo PORVENIR, pues se han realizado diferentes operaciones financieras con los recursos de la actora que hoy la hacen beneficiaria de unos rendimientos económicos, generando así su ahorro pensional.

Señala que devolver estas sumas de dinero por concepto de gastos de administración, y rendimientos financieros desbordaría los límites de la ineficacia, dado que se recibirían dineros que no se generarían en el régimen de prima media, manifestando frente a este punto la Superintendencia financiera ha indicado que para dichos traslados de dineros, en materia de sentencias de declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado se debe hacer a la luz del decreto 3995 del año 2008, exactamente en su artículo 7. (*Audio Archivo 11, record: 1:02:36*)¹

¹ “Muchas gracias su señoría estando dentro de esta oportunidad procesal muy respetuosamente interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral se sirva revocar la presente decisión conforme a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, si bien es cierto la existencia de un precedente judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia también esta Corporación ha indicado que dicho precedente no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación, como quiera que se

deben estudiar y determinar pues las particularidades propias de cada uno de los afiliados. Si bien es cierto, que la señora demandante presentó un traslado de régimen pensional para el año de 1998, mi representada cumplió en debida forma todas estas cargas en materia de información que eran oponibles para dicha data, como quiera que en ese momento, en ese momento histórico no era exigible por parte de la legislación y de la jurisprudencia vigente un deber de buen consejo, doble asesoría como lo ha considerado la juzgadora de instancia en su sentencia del día de hoy.

De igual manera mi representada en ningún momento ha desconocido que el deber de información pues ha existido desde la misma creación de las AFP privadas y en ese entendido brindó a la señora demandante todos los elementos de juicio objetivos suficientes para que determinara si le era favorable o no afiliarse al fondo PORVENIR, el cual se realizó en primera medida de manera libre y voluntaria, tal y como lo manifestó la señora demandante en su interrogatorio de parte, y en segundo lugar, se cumplió con ese lleno de requisitos legales que era el formulario de vinculación, única documental exigible para dicha data, el cual de igual manera está probado por la Superintendencia Financiera en ese momento y pues también se le suministró una información de manera verbal y especializada por parte del fondo PORVENIR.

Ahora bien, es forzoso colegir que si bien esta obligación ha existido desde la misma creación de las AFP privadas, también como lo ha considerado la señora juez en su intervención, pues este deber se ha hecho más exigible con el pasar de los años, situación que no era previsible para mi representada, pues toda vez que estas jurisprudencias ha sido sobreveniente, más exactamente para el año 2008, el momento que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre estos casos de ineficacia o nulidad de la afiliación.

De igual manera, pues se debe traer de presente el ente gubernamental que vigila a las Administradoras de fondo de pensiones, ha sido enfático en señalar que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, nace en el ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia del decreto 2241 del año 2010, o todo este desarrollo legislativo no, no ha sido posible preverse por parte de mi representada quien ha actuado dentro del marco de la buena fe objetiva, en ese entendido se cumplieron con el lleno de los requisitos legales y formales vigentes para el año de 1998.

Así mismo, pues considera mi representada que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional reviste completa validez, en la medida pues que en materia de información se dio cumplimiento a los parámetros establecidos en el decreto 663 del año 1993 y la ley 100 del mismo año.

Así mismo, es pertinente señalar que la señora demandante contó con múltiples oportunidades de regresar al régimen de prima media, toda vez que para ese momento en que se vinculó al régimen de ahorro individual, la normativa vigente correspondía al texto literal de, original del artículo 13 de la ley 100 de 1993, es decir, que la demandante no contaba con ninguna limitante para retornar al régimen de prima media, 3 años después de realizada la vinculación con mi representada, no obstante decidió continuar en el régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, realizando sus aportes voluntarios, sin presentar o manifestar ninguna oposición al respecto.

Ahora bien, por otra parte la inconformidad de la señora demandante con el régimen de ahorro individual se deriva del monto de su mesada pensional, factor que no resulta suficiente para ser considerado como un elemento suficiente para viciar la voluntad de afiliación de la señora demandante, tanto que las prestaciones que se reconocen en uno u otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el régimen de prima media los afiliados obtienen estas prestaciones económicas en cuyas condiciones y momentos se encuentran definidas por la ley, contrario que el régimen de ahorro individual en donde pues estas prestaciones se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados por parte de los afiliados y pues de los aportes, perdón, de los rendimientos financieros que son generados en este régimen.

Ahora bien, la señora demandante pues se va a beneficiar de una característica privativa del régimen de ahorro individual, como lo son los rendimientos financieros, situación que la pondría en una condición mucho más favorable de la que se encontraría de haber continuado cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, en tal sentido pues no resulta viable el reconocimiento o la devolución de dichas sumas, junto con los gastos de administración, y en este punto me permito muy respetuosamente apartarme de la condena de devolver conjuntamente los rendimientos y los gastos de administración, como quiera que tal y como lo he manifestado dicha característica resulta ser privativa del régimen de ahorro individual con solidaridad y pues pondría en una condición distinta a la señora demandante de estar vinculada primigeniamente al régimen de prima media, de prima media con prestación definida, y así mismo los gastos de administración pues ya se han agotado como quiera que estos rendimientos financieros han requerido pues toda una gestión profesional por parte del fondo PORVENIR, pues que ha realizado diferentes operaciones

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MONICA RODRÍGUEZ BARRERA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 1 expediente digital, pagina 2*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente digital, páginas 2 y 3*), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó del ISS a PORVENIR, en consecuencia se ordene a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se ordene a COLPENIONES recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad; se condene en costas del procesos, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora demandante, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a partir de 1998; se condenó a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, declaró no

financieras con los recursos de la señora demandante, que hoy la hacen beneficiaria de unos rendimientos económicos, generando así su ahorro pensional.

De igual manera, pues la declaratoria de ineficacia pues también contempla o pues determina que el negocio jurídico jamás se realizó y en este entendido devolver estas sumas de gastos de administración, y rendimientos financieros pues desbordaría los límites de esta figura de la ineficacia y en tal sentido la Corte Suprema de justicia también se ha manifestado, me permito traer a colación la sentencia SC 3201 del año 2018, en la medida que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual podrían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría al pertenecer al régimen de prima media, dado que recibiría dineros que no se generarían en este régimen, viendo una clara contradicción a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio, por esta razón resulta totalmente improcedente condenar a devolver dichos rendimientos junto a los aportes realizados por gastos de administración que pues ya he manifestado se han descontado por estar acorde al artículo 20 de la ley 100 de 1993, y frente a este punto también se ha manifestado la Superintendencia financiera al indicar pues que para dichas traslados de dineros, en materia de sentencias de declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado se deben hacer a la luz del decreto 3995 del año 2008, exactamente en su artículo 7, cuya disposición normativa contempla todas las restituciones que deban realizarse frente a dichos casos particulares. Consideramos entonces Honorables Magistrados que siendo una norma que regula tal situación no se ve razón atendible para apartarse de este, e incluir conceptos que mi representada por razones lógicas ya no posee, como quiera que ya se han entregado las sumas correspondientes a aseguradoras y pues los gastos de administración también se han agotado en las operaciones financieras realizadas.

En ese entendido pues solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal de Distrito Judicial revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas impuestas en contra de mi representada. Muchas gracias.”

probadas las excepciones propuestas por las demandadas; e impuso condena por costas a cargo de Porvenir.

La a quo fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de julio de 1960 (*Archivo 1, expediente digital página 10*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante PORVENIR el día 23 de noviembre del 2020 y ante COLPENSIONES el 25 de noviembre del 2020 (*Archivo 1, expediente digital páginas 16, 17, 19 a 23*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos,

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³ Era trabajadora del sector privado según la historia laboral.

contaba con 182 semanas de servicios prestados a la CAMARA DE REPRESENTANTES⁴, que corresponden a 3 años, 6 meses y 14 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que de acuerdo a la historia laboral emitida por PORVENIR (folios 27 a 35) la demandante aún labora al servicio de la CAMARA DE REPRESENTANTES y por ende ostenta la calidad de empleada pública, es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **22 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad 1º de noviembre de 1998**⁵, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en el reporte SIAFP.

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

⁴ Expediente digital. Archivo No. 6, página 27 Historia Laboral expedida por PORVENIR.

⁵ Expediente digital. Archivo No. 6 Reporte SIAFP páginas 71 y formulario de vinculación a PORVENIR pág. 65.

voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales.

De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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 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, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la hoy accionante, en los términos aquí referidos, al

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.

momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que para el año 1998 laboraba en la CAMARA DE REPRESENTANTES y un asesor de PORVENIR se le acercó promocionando la afiliación al RAIS enfatizando sus argumentos en las supuestas ventajas de ese régimen pensional como la posibilidad de pensionarse con una mesada más alta y a una edad más temprana, aunado al hecho de la inminente quiebra del ISS, razón por la que estaban en riesgo los aportes que llevaba cotizados hasta esa data, siendo recomendable afiliarse a ese fondo que le garantizaba iguales o mejores expectativas de pensión y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR⁹, 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.

⁸ Audiencia virtual realizada el 18 de agosto de 2021, audio No. 11, minuto 22:18 expediente digital.

⁹ Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 65, Archivo 6 expediente digital.

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, 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, que para la época del traslado-22 de septiembre de 1998-ya se encontraba vigente el deber de información.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados 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 puedan tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con

Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a la potencial 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 (22 de septiembre de 1998¹⁰), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la

¹⁰ Formulario de vinculación a PORVENIR pág. 65, archivo 6 4expediente digital.

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 demandante no haya mantenido el beneficio de la transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (22 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad el 1° de noviembre de 1998), el deber de información para con la demandante, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Consecuente a lo anterior también es procedente ordenar el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en relación 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, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros 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 convocante, a Colpensiones sin que proceda ningún tipo de descuento por esas sumas.

Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹¹ (Archivo 5, expediente digital, pagina 7) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de sumas adicionales, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción, haciendo inoperante el fenómeno extintivo frente a las mismas.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 30 de junio del 2021, archivo No. 9.

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, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y resueltos los puntos de apelación conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS, en esta instancia.

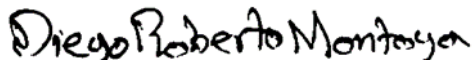
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 LUZ FANNY PEÑA
SANCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2018 00518
01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (fl. 16).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls... 10 a 12) y la parte demandante (fls. 4 a 8), 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 la parte demandante, por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 11 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 14 Audiencia artículo 80, expediente digital, récord 19:56, cd. folio 114*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ FANNY PEÑA SANCHEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN y el posterior traslado horizontal efectuado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación la señora LUZ FANNY PEÑA SANCHEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demanda a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, en el tiempo que estuvo afiliado en dicha entidad, conforme a lo aquí expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES tener como válidamente afiliada la señora LUZ FANNY PEÑA SANCHEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y por la AFP PORVENIR.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES ni PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído”.

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la parte demandante, así como de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, el apoderado de la parte demandante recurrió la decisión de primer grado, respecto a la no imposición de condena en costas a cargo de Porvenir S.A. ni de COLPENSIONES. En este sentido señaló, conforme el artículo 665 C.G.P. se condena en costas a la parte vencida, sin consideración a la conducta asumida por ésta en el trámite procesal, sino al hecho objetivo de haber

sido vencidas en juicio, por lo que la consecuencia en derecho respecto a estas entidades es que también sean condenadas en costas¹.

COLPENSIONES, apeló la decisión, afirmando, la demandante tenía una responsabilidad como consumidora financiera en el momento de suscribir el formulario de afiliación, por lo cual debió hacer una adecuada revisión de sus negocios jurídicos. Estimó en el presente caso no se puede afirmar que exista falta de información, por cuanto las administradoras cumplieron los requisitos en este sentido vigentes para la época en que se efectuó el traslado; la única regla era la suscripción del formulario de afiliación mediante el que la actora aceptó las condiciones y reglamentos que le ofrecía la AFP.

Refirió, COLPENSIONES es la única demandada en este tipo de procesos que no tiene como defenderse y queda atada a las intervenciones de los demás

¹ **“Apoderada demandante (22:04):** Si señora juez, muchas gracias. Encontrándome en este momento procesal pertinente de manera muy respetuosa me permito informar que interpongo recurso de apelación parcial frente a la providencia que acaba de proferir este Honorable despacho en lo que respecta al numeral sexto de la parte resolutive de esta sentencia, en cuanto no condenar en costas procesales ni a PORVENIR, ni a COLPENSIONES.

Lo anterior, lo fundamento de manera general y sucinta de la siguiente manera, de manera muy respetuosa solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se sirva verificar el presente recurso y en consecuencia con base en los argumentos que a continuación esgrimo, se sirva modificar y adicionar la providencia que profirió el despacho de primera instancia en el sentido que también debe ser condenado a costas procesales la AFP PORVENIR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES como entidades demandadas y como entidades vencidas en la presente litis, ya que al tenor de lo que dispone el artículo 665 del Código General del proceso, que es aplicable por remisión al presente caso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como ya lo indicaba tanto PORVENIR como COLPENSIONES, pues igualmente fueron parte vencida en la presente litis y ello sin consideración en la intención o razonabilidad en la discusión de esta entidades dentro del proceso o a la conducta asumida en el trámite procesal, sino al hecho objetivo de haber sido vencidas en juicio, de tal manera que al ser desfavorable la sentencia en primer grado, la consecuencia en derecho es que sean condenas en costas procesales, máxime si se tiene en cuenta que se opusieron pues también de manera activa a las pretensiones de la parte actora, interrogaron, etc.

Entonces en el presente caso claramente al tenor del artículo 365 también deben ser condenas en costas procesales, y en esos términos generales dejo sentado mi recurso de apelación parcial. Muchas gracias.

demandados, situación que se agrava por ser la única responsable del reconocimiento pensional a la demandante².

Finalmente PROTECCIÓN interpuso apelación frente a la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual fue excelente, lo que se evidenció con los altos rendimientos que sobre

² **“Apoderado COLPENSIONES (24:07):** Su señoría muchas gracias por el uso de la palabra, estando inconforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación el cual sustentare de la siguiente manera.

Debe tenerse de presente que los argumentos esgrimidos en la sentencia no toman en cuenta las reglas aplicables a la relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, es así que se debe tener para la resolución del caso lo siguiente:

En primera medida hay que tener en cuenta que la responsabilidad objetiva endilgada a mi representada en tener que recibir a la demandante en el régimen de prima media no exonera en ningún momento a las demás partes intervinientes en tener que tener responsabilidad dentro del mismo caso, toda vez que no aceptable que COLPENSIONES al no tener ningún tipo de vinculación dentro del negocio jurídico realizado entre la demandante y la demanda, fondos privados, no tenga ningún tipo de responsabilidad y COLPENSIONES sea quien deba asumir esa responsabilidad y más estando la demandante próxima a tener un status de pensionada. Por lo cual, también hay que recordar que las obligaciones legales que tenía directamente la demandada en el momento de la suscripción del formulario de afiliación, exigían directamente como consumidora financiera en el tiempo una adecuada revisión y atención de sus negocios jurídicos.

Adicional, no se puede alegar dentro de este proceso que existe una falta de información o que no existan herramientas posibles para poder haber observado con anterioridad a la prohibición que existe dentro del artículo 13 de la ley 100, cuales eran los requisitos específicamente de la ley 100 de 1993 nos especifica cuales son los requisitos dentro de cada uno de los regímenes pensionales, por lo cual no puede aludir como argumento dentro de la presente demanda de una falta de información.

También para el momento en que se realiza el traslado no le era exigible directamente a los fondos privados allegar una documentación distinta a la que se allegó dentro del presente proceso y no se puede sugerir que exista una documentación adicional, toda vez que la única que estaba reglada para el momento es la que se aportó, que fue directamente el formulario de afiliación donde la misma demandante expresa entendido, hay que entender que cuando uno firma un documento lo tiene que leer, cuales son las informaciones dadas directamente por los, de las AFP en el momento de su traslado. Entonces, teniendo esa documentación queda más que claro que la demandante aceptó las condiciones y reglamentos que directamente ofrece las AFP.

También tener en cuenta su señoría que COLPENSIONES es la única demandada en este tipo de procesos que no tiene una forma de defenderse y que queda atada directamente a las intervenciones que logre acreditar las partes demandadas, por lo cual es mucho más gravosa tener o pretender que directamente sea COLPENSIONES el único responsable de tener que asumir el reconocimiento posterior de una pensión de vejez a la demandante. Por lo anterior, le solicito muy amablemente bajo las circunstancias materiales y fácticas dentro del proceso que el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque la anterior sentencia y mantenga incólume el traslado realizado por la demandante en su momento con el fondo privado. Muchas gracias.

estas sumas se percibieron. Enfatizó, dicho descuento del 3% se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Consideró, si la AFP debe devolver las sumas por concepto de gastos de administración, entonces no debe devolver los rendimientos generados, que fueron producto de su gestión y buena administración y como la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelven al estado anterior, solo deberían devolverse los aportes que se encuentren acreditados al momento de la declaratoria de ineficacia. Finalmente refirió en caso que se confirme la sentencia en este aspecto, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante³.

³ **“Apoderada PROTECCIÓN (27:43):** Gracias su señoría, yo si voy a interponer el recurso de apelación y procedo a sustentarlo ante el Honorable Tribunal en relación con la condena a mi representada a trasladar las sumas descontadas por cuotas de administración.

Téngase Honorables magistrados que durante todo el tiempo que la parte demandante estuvo afiliada a mi representada, esta entidad administro los dineros que ella misma deposito en su cuenta de ahorro individual, administración que se realizó de manera excelente, pues esta es una entidad financiera experta en inversión y en el trabajo de los recursos económicos. Adicionalmente, dicha gestión de administración se ve evidenciada en los altos rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, mientras estuvo afiliada a mi representada. De conformidad con lo anterior, mi representada en cada, de cada aporte que realizó la parte actora descontó un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y que para el, y para el seguro previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que opera tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media.

Ahora bien, no es procedente que se ordene la devolución de lo que PROTECCIÓN descontó por cuotas de administración, dado que se trata de comisiones ya ‘pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, descuentos realizado conforme a la ley como contraprestación a una administración.

Debe también manifestarse que en el hipotético caso en el que PRTECCIÓN, que se asuma que PROTECCIÓN no realizado una gestión de administración y se orden tal devolución, y trasladar pues a COLPENSIONES estos dineros, no debe procederse entonces el traslado de todos los rendimientos generados, pues estos se generaron producto de una gestión y una buena administración por parte de PROTECCIÓN S.A, y además en estos casos en la declaración de la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelven al estado anterior, por lo que se debería trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados en el momento en que dicha declaración, acreditados para el momento de la declaración de la ineficacia en la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Finalmente, es menester poner de presente que en el caso en que se confirme al sentencia en este aspecto, se estaría constituyendo en pro de la parte demandante un enriquecimiento sin justa causa, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la administración de mi representada sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada por PROTECCIÓN. 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 (*páginas 6 a 8, archivo 01 EXP2018-518, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*página 8 a 10 ibídem*), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se declare que para todos los efectos, la demandante siempre ha permanecido en el RPM. Como consecuencia de estas declaraciones, se ordene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las cotizaciones, bonos, sumas adicionales, aportes obligatorios, rendimientos que estuvieron en poder de dichas administradoras; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante; recibir los aportes y rendimientos devueltos y actualizar y corregir su historia pensional; se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios morales causados a favor de la demandante y las costas del proceso.

En forma subsidiaria pretende se declare inexistente el acto de traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, se declare que la actora siempre ha permanecido en el RAIS; se ordene a PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., devolver todas las sumas de dinero que estuvieron en su poder, se ordene a COLPENSIONES, recibir dichos conceptos y actualizar la historia laboral de la demandante; se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a pagar los perjuicios morales causados a la actora.

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 devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar ningún valor por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

PROTECCION 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 2002⁴.

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 28 de septiembre de 1961 (*página 27, archivo “01. EXP 2018-518.pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante PORVENIR y PROTECCION el 17 de julio de 2018 (*páginas 45 y 50, archivo “01. CuadernoFísico.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 362,28 semanas cotizadas a Colpensiones, equivalentes a 6,96 años, 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 28 de febrero de 1997 (*páginas 183, archivo “01 EXP 2018-*

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 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

518.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a PROTECCION S.A., específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia 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 PROTECCION S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de

adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión

de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando

“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.

no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en febrero de 1997, la empresa donde trabajaba fue visitada por unos asesores de Protección S.A. Uno de ellos se acercó a su puesto de trabajo y le informó, como el ISS iba a entrar en liquidación, debía trasladarse a un fondo privado para no perder sus aportes. El asesor diligenció el formulario y ella simplemente lo firmó, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa (**páginas 202 a 204 archivo “01 EXP 2018-518.pdf”, expediente digital**), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe 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.

⁷ Audiencia del 11 de noviembre de 2021, récord 0:11:50

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora PROTECCIÓN 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 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen, efectuado el **28 de febrero de 1997** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (el traslado a PORVENIR S.A. acaeció en el 8 de septiembre de 1998 *folio 29 archivo 01 exp 2018-518.pdf, exp digital.*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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 resulten relevantes 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, en tratándose 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 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, frente a los argumentos de apelación de PROTECCION, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (*páginas 109, archivo “01 EXP 2018-518.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 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*

⁸ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 1 de abril de 2019 (*página 134 y 135, archivo “01 EXP 2018-518.pdf” expediente digital*).

definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negritas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por la parte demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el que contiene el principio general según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto absolvió de las costas a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para en su lugar condenar el pago de las mismas a cargo de las citadas demandadas.

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, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEXTO de la sentencia apelada, para **CONDENAR** en costas de primera instancia también a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 27 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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BETTY TORRES
MORENO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 27 2020 00072 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (fl. 10).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls. 14 a 16) y la parte demandante (fls. 4 a 8), 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 la parte demandante, por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 28 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual, realizada a*

través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 09. AUDIENCIA ART. 77 Y 80, expediente digital, récord 59:28, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora BETTY TORRES MORENO del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la señora BETTY TORRES MORENO como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES tener como válidamente afiliado a la señora BETTY TORRES MORENO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por la AFP PROTECCIÓN.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda incoadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCION en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho y **NO SE CONDENA** en costas a COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído”.

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de la parte demandante, así como de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, la apoderada de la parte demandante recurrió la decisión de primer grado, respecto a la no imposición de condena en costas a cargo de COLPENSIONES. En este sentido señaló, conforme el artículo 365 C.G.P. se condena en costas a la parte vencida, sin consideración a la conducta asumida por ésta en el trámite procesal, sino al hecho objetivo de haber sido vencidas en juicio, por lo que la consecuencia en derecho respecto a esta entidad es que también sea condenada en costas¹.

¹ **“Apoderada demandante (1:01:02):** Gracias señora juez si, de manera muy respetuosa y encontrándome en el momento procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación

COLPENSIONES, apeló la decisión, afirmando, la demandante tenía una responsabilidad como consumidora financiera en el momento de suscribir el formulario de afiliación, por lo cual debió hacer una adecuada revisión de sus negocios jurídicos. Dijo, no se puede endilgar responsabilidad objetiva a su representada al tener que recibir a la demandante al RPM, pues no puede exonerarse a quien generó el daño, en este caso PROTECCIÓN, de cualquier reconocimiento posterior al traslado.

parcial contra la providencia que acaba de proferir el despacho en lo que respecta el numeral sexto de la misma, en el sentido de que únicamente se condene en costas procesales a PROTECCIÓN, y no a COLPENSIONES, en este sentido paso a sustentar de manera sucinta mi recurso de la siguiente manera:

Solicitó respetuosamente a los magistrados, a los Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se sirvan revisar el presente recurso respecto de el numeral sexto de la parte resolutive de la providencia que acaba de emitir el despacho, en el sentido que no fue condenado en costas procesales COLPENSIONES toda vez que según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual es aplicable por remisión al presente caso, se debe condenar en costas procesales a la parte vencida en el proceso, esto implica que hay una consagración objetiva y en ese orden de ideas no se considera la intención de la parte, la razonabilidad de la discusión en el conflicto jurídico o la conducta que haya asumido en el trámite procesal, sino el hecho objetivo de haber sido vencido en juicio, de tal manera que al haber tenido una condena en contra o un fallo desfavorable en sentencia en primer grado, pues lo atinente en derecho es que este sea condenado en costas procesales. Igualmente, como se puede observar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES era parte demandada en la presente litis y con de acuerdo con el fallo que se acaba de proferir pues también es parte vencida, pues tiene una condena en contra a partir de que se concedieron las pretensiones de la parte actora.

Adicionalmente, se debe considerar que COLPENSIONES como entidad demandada se opuso de manera activa al presente proceso, presentó excepciones, presentó el interrogatorio de parte, presentó argumentos en contra y adicionalmente pues se reitera resultó vencida en el presente proceso, por ende, debe ser condenada al pago de costas procesales. Es importante también resaltar en este caso, que, si bien COLPENSIONES no estuvo en el negocio jurídico concretamente hablando del traslado, COLPENSIONES si tuvo una intervención importante y tuvo una incidencia importante también en el presente proceso judicial en que se haya tenido que dar inicio al mismo, toda vez que no estuvo presente, precisamente tuvo una omisión, nunca asesoró a mi representada, nunca le informó, y adicionalmente, recuérdese que ella intentó trasladarse en el año 2006 sin que COLPENSIONES se opusiera en ese momento, lo cual derivó en una multifiliación y lo cual derivó que hoy día mi representada tuviera que iniciar un proceso judicial de esta índole, para poder retornar. Entonces, de acuerdo a todas estas consideraciones, se considera que lo atinente el derecho es que esta entidad también sea condenada al pago de costas procesales y tan parte vencida es que en el evento de no presentar recurso de apelación lo pertinente en derecho es que se le conceda el Grado Jurisdiccional de Consulta. Entonces, en este sentido dejo sentado mi recurso de apelación parcial. Muchas gracias”.

Estimó, en el presente caso no se puede afirmar que exista falta de información, por cuanto las administradoras cumplieron los requisitos en este sentido vigentes para la época en que se efectuó el traslado; la única regla era la suscripción del formulario de afiliación mediante el que la actora aceptó las condiciones y reglamentos que le ofrecía la AFP.

Relató, COLPENSIONES es totalmente ajeno a la relación de la demandante y el fondo privado y con la orden de traslado no puede verse afectada la estabilidad financiera de la entidad. Consideró, COLPENSIONES es la única demandada en este tipo de procesos que no tiene como defenderse y queda atada a las intervenciones de los demás demandados, situación que se agrava por ser la única responsable del reconocimiento pensional a la demandante².

² **“Apoderado COLPENSIONES (1:04:12):** Muchas gracias su señoría por el uso de la palabra, no estando conforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación el cual sustentare de la siguiente manera. Ha de tenerse en cuenta que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tuvieron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de la relación contractuales adquiridas por la parte demandante, así que se debe tener en cuenta para la resolución del caso los siguientes aspectos.

En primera medida, las obligaciones que le asisten directamente a la parte demandante conforme al decreto 2241 del 2010 estando como consumidor financiero en el tiempo, y no tendiendo, y demostrándose en el presente proceso no haber dado una adecuada revisión sus negocios jurídicos, esto es el momento en que realizó su traslado, las consecuencias que tendría con el mismo. También, no se puede endilgar la responsabilidad objetiva directamente a mi representada del tener que recibir a la demandante del régimen de prima media, toda vez que eso no puede llegar a exonerar en ningún momento a quien generó el daño, aun habiéndose probado la diligencia del mismo, por lo cual no se puede atañer o no se puede endilgar directamente esa responsabilidad a COLPENSIONES, exonerándose al fondo privado PROTECCIÓN de cualquier reconocimiento posterior a este traslado.

Para el momento del traslado debe tenerse en cuenta que no era exigible directamente a los fondos privado realizar una asesoría al nivel de lo que expone la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no se puede exigir una documentación externa o diferente para poder realizar la demostración de que existió por parte del fondo privado una información y que la parte demandante acepta y da por sentado que dentro de los formularios recibe todo este tipo de información, por lo tanto, no es dable que se exija directamente una documentación diferente para poder demostrar lo anterior.

También entre la relación del demandante y el fondo privado COLPENSIONES es totalmente externo a este negocio jurídico y no puede verse afectada a recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad financiera. Como se ha demostrado o se había alegado dentro de la audiencia hay que tener en cuenta que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 establece una prohibición para las personas en el momento del traslado a otro régimen pensional, esto con la finalidad que este fondo de pensiones pueda administrar en debida forma y poder sustentar más adelante un reconocimiento pensional, por lo cual al declarar una ineficacia se omite este tipo de norma jurídica y se afecta directamente a quien tiene que recibir al demandante, toda vez que lo hace con la finalidad directamente de cambiar su status de afiliado a pensionado.

Finalmente PROTECCIÓN interpuso apelación frente a la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual fue excelente, lo que se evidenció con los altos rendimientos que sobre estas sumas se percibieron. Enfatizó, dicho descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Consideró, los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante obedecieron a la gestión y buena administración de la AFP y como la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelven al estado anterior, solo deberían devolverse los aportes que se encuentren acreditados al momento de la declaratoria de ineficacia. Frente al seguro previsional manifestó, la cuota que por este concepto debe pagarse, se gira mes a mes a la aseguradora y en consecuencia resulta imposible recobrar estos dineros, porque la aseguradora es un tercero de buena fe que nada ha tenido que ver con el acto de afiliación suscrito entre la demandante y PROTECCION; finalizó señalando sobre las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando periódicamente y no financian la prestación económica de vejez.³.

También COLPENSIONES es la única demandada en este tipo de procesos que no tiene una forma de defenderse, sino que atada a las intervenciones que logren demostrar las demás partes demandadas, siendo más gravosa la situación en aquellas en que las pretensiones son aceptadas por alguno de los demandados, es por eso que no se puede pretender que sea la única responsable de estos negocios jurídicos realizados por la parte demandante y los fondos privados. Hay que tener en cuenta que este tipo de negocios jurídicos realizado por el fondo privado en su momento quedan exonerados de toda responsabilidad, más allá de hacer la devolución o devolución de aportes y gastos de administración o ser condenada dentro de los procesos en costas no tiene ningún tipo de responsabilidad adicional con la demandante, lo cual exonera y hace carga más bien a COLPENSIONES, con respecto a este tipo de afiliaciones nuevas. Es por lo anterior, y es con base de los elementos materiales y desarrollados en el presente caso que solicito al Tribunal Superior de Bogotá Sala LABORAL, revocar la anterior sentencia y mantener incólume el traslado realizado por la parte demandante y absolver a mi representada de todas las pretensiones muchas gracias.

³ **“Apoderada PROTECCIÓN (1:08:24):** Gracias señora juez, de manera muy respetuosa interpongo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, esto en lo relativo en que se ordena a mi representada a trasladar a COLPENSIONES los valores de las cuotas de administración y las comisiones de la aseguradora, no es procedente que se orden la devolución de dichos conceptos toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración. Con la condena de primera instancia que se le ordena a mi representada a devolver el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por administración y seguro previsional se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES,

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 5 y 6, archivo 01 EXP 2020-072, expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en

por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró y adicionalmente ya se le estaría trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada en este caso por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES. Además, porque no existe una norma que así lo regule.

Ahora si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido que se producen una consecuencias, y es llegara concluir que el contrato de afiliación nunca existió, que PROTECCIÓN no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que esos rendimientos que hicieron acrecentar el capital pues nunca existieron y por ende no existió un cobro de administración, si, ha de tenerse en cuenta que se está desdibujando la consecuencia de la misma declaratoria de la ineficacia, supone de manera contradictoria negar unos efectos pero acepta el efecto por otro lado, porque si ordena dejar sin efecto al momento en que se ordena trasladar esta comisión de administración pero reconoce que tuvo efectos porque esos rendimientos que obtuvo la cuenta de ahorro individual de la demandante obedecen como es de conocimiento público a esas mismas comisiones de administración que si duda si la demandante hubiese estado o hubiese permanecido en el régimen de prima media pues esta deducción por este concepto, en la misma proporción se hubiese realizado, si.

El artículo 174 del Código Civil, habla de restituciones mutuas, intereses, frutos y de bono de mejoras, con base en esto se debe entenderse que aunque se declare la ineficacia, se haga la ficción de que nunca existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado causo unos frutos y mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual de la demandante obtuvo unos rendimientos, y por eso reiteró tiene mi representada derecho a conservar la comisión de administración sim efectivamente hizo rentar el patrimonio.

Ahora frente al seguro previsional se debe manifestar que este ya fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague una suma adicional con le fin de financiar estas pensiones por estos conceptos, si, inclusive la mencionada prima ya fue pagada o ha sido pagada mes a mes durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada con mi representada, por lo que nos encontramos en imposibilidad de recobrar estos dineros, y trasladárselos a COLPENSIONES, y además porque la aseguradora es un tercero de buena fe que nada ha tendido que ver en el acto suscrito por la demandante y mi representada.

Por último, el cobro de ese 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguros previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica de vejez. De esta manera dejo entonces expuesto el recurso de apelación. Muchas gracias.

los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 6 a 9 *ibídem*), aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se declare que para todos los efectos, la demandante siempre ha permanecido en el RPM. Como consecuencia de estas declaraciones, se ordene a PROTECCIÓN S.A., la devolución a COLPENSIONES de todas las cotizaciones, bonos, sumas adicionales, aportes obligatorios, rendimientos que estuvieron en poder de dichas administradoras; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante; recibir los aportes y rendimientos devueltos y actualizar y corregir su historia pensional; se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios morales causados a favor de la demandante y las costas del proceso.

En forma subsidiaria pretende se declare inexistente el acto de traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, se declare que la actora siempre ha permanecido en el RPM; se ordene a PROTECCION S.A., devolver todas las sumas de dinero que estuvieron en su poder, se ordene a COLPENSIONES, recibir dichos conceptos y actualizar la historia laboral de la demandante; se condene a PROTECCION S.A. a pagar los perjuicios morales causados a la actora.

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 PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar ningún valor por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCION 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. No impuso condena en costas a cargo de COLPENSIONES, argumentando, fue el fondo privado el que dio lugar a este proceso y, COLPENSIONES es un tercero de buena fe, que no tiene como defenderse en estos procesos y no tenía carga probatoria frente a las pretensiones de la demanda.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 20 de enero de 1963 (*página 21, archivo “01. EXP 2010-072.pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante PROTECCION y COLPENSIONES el 13 de diciembre de 2019 (*páginas 47 a 50 y 51 archivo 01. EXP 2010-072.pdf”, expediente digital*) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse –tenía 55 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 357,28 semanas cotizadas a Colpensiones, equivalentes a 6,87 años, 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

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 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

proceso, acaeció el 16 de mayo de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1° de julio de 2000 (páginas 46 y 58, archivo “01 EXP 2018-518.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS, luego ING y hoy PROTECCION S.A. (ING adquirió a Santander en el año 2008 y Protección se fusionó con ING el 31 de diciembre de 2012), 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 conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o

no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

En tal sentido, *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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 PROTECCION S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019,

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional

causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que

taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de 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”.

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

“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 relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2000, recibieron en la empresa una visita del fondo de pensiones Santander; les hablaron de las bondades de fondo privado y les dijeron que Colpensiones se estaba terminando y no iban a responder por sus aportes. Luego de la reunión uno de los asesores diligenció el formulario con sus datos y ella simplemente lo firmó, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa **(páginas 95 a 97 archivo “02 CONTESTACION PROTECCION.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 al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PROTECCIÓN - no logró demostrar,

⁷ Audiencia del 28 de octubre de 2021, récord 0:10:08

como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A., antes ING y SANTANDER, omitió en el momento del traslado de régimen, efectuado el **16 de mayo de 2000, efectivo el 1° de julio de 2000**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 PROTECCIÓN, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y 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, aclarando en este punto y para resolver la apelación de

COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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, frente a los argumentos de apelación de PROTECCION, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (*carpeta 03. CONTESTACION COLPENSIONES, archivo 2020-072 CONTESTACION.pdf. folio 28, 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

⁸ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 4 de octubre de 2021 (*páginas 150 y 151, archivo “01 EXP 2020-072.pdf” expediente digital*).

*Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por la parte demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el que contiene el principio general según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se revocará parcialmente la sentencia de primer grado en cuanto absolvió de las costas a la demandada COLPENSIONES para en su lugar condenar el pago de las mismas a cargo de la citada demandada.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEXTO de la sentencia apelada, para **CONDENAR** en costas de primera instancia también a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

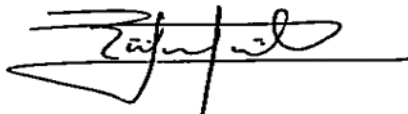
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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**

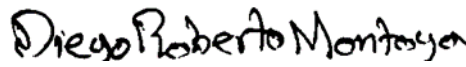
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEYDA SUAREZ MORENO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
(RAD. 28 2019 00406 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero 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 MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 81).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES y la DEMANDANTE (fls. 79, 80 y 86), 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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre del 2021 (Audio 2, Cd. Fl. 71 Record: 15:27, Acta a folios 72 a 74), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocerle y pagarle a la señora ALEIDA SUAREZ MORENO quien se identifica con la cedula de ciudadanía 5162353 la pensión de vejez bajo los parámetros previstos en el artículo 9 de la ley 797 del año 2003, esto a partir del 1 de diciembre de 2018, para lo cual se deberá liquidar el Ingreso base de liquidación en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993 y determinar la tasa de reemplazo conforme lo establece el artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, prestación que en todo caso no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente para cada anualidad, se deberá reconocer por 13 mesadas al año, junto con reajuste e incrementos legales anuales, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: Se AUTORIZA a la demandada COLPENSIONES que descuente el retroactivo que tiene derecho la demandante el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes al sistema de seguridad social y en salud.

TERCERO: CONDENAR igualmente a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la aquí demandante los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 11 de mayo de 2016 hasta el momento en que se efectúe el pago de la obligación, los cuales serán liquidados mes a mes vencidos sobre cada una de las mesadas adeudadas que se reiteran que corresponde desde el 01 de noviembre del año 2018.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.

QUINTO: Las COSTAS de esta instancia a cargo de la entidad demandada, se señala como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 pesos a cargo de esta y a favor de la parte actora.

SEXTO; En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior, en cuanto le resulto adversas a los intereses de la demandada COLPENSIONES. ”

Inconforme con la decisión, el apoderado de Colpensiones en su alzada manifiesta que la demandante ya cuenta con una prestación reconocida por lo que no puede recibir dos asignaciones de manera simultánea de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, por lo que asegura la pensión reconocida por el Fondo Nacional de Pensiones del Magisterio es incompatible con la de vejez, solicitando su revocatoria al igual que la condena por intereses moratorios por no configurarse su causación, precisando que en caso de confirmarse la decisión la condena sea a partir del mes sexto¹. (Cd fl. 71, Record: 18:05).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

¹ “Su señoría en la etapa pertinente presentó recurso de apelación frente a la sentencia que su honorable despacho acaba de dictar, en la totalidad de sus puntos. Señores magistrados del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, verificando el expediente pensional que bajo resolución (inaudible) del 08 de septiembre del 2017, por la cual (inaudible) se le reconoció a favor de la señora demandante la señora ALEIDA MORENO, ALEIDA SUAREZ MORENO perdón, en cuantía por un valor de \$2.4 (inaudible), es necesario hacer el estudio por dicha cuantía pensional, toda vez que no se puede destinar, no se puede recibir doble, doble simultánea, doble proyección simultánea básica en un servicio público de la pensión vejez, de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2400 del año 1989, artículo 1 del Decreto 589 el cual manifiesta (inaudible) servicio público únicamente se podrá recibir por asignación del cargo en beneficio de un monto con relación a la pensión vejez, pero de ninguna manera puede recibir dos asignaciones. En ese mismo sentido, la ley 344 del año 2016, diseñada para la renacionalización de los gastos públicos en su artículo 19 indica, servidor público que quiere a su derecho de pensión vejez no podrá optar dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, eso significa (inaudible) servidor público tiene dos opciones:

Primero, retirarse del servicio público y reajustar su pensión o segundo: continuar vinculado con la administración señalando claramente que la pensión siempre será a pagar solamente de haberse producido la terminación del servicio en dicha institución, lo anterior conforme al artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, el cual nos indica que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público con asignación que provenga del sector público o instituciones que sean parte del Estado. Conforme lo anterior es claro que la pensión reconocida por el Fondo Nacional de Pensiones del Magisterio con fecha (inaudible) es incompatible. Señores magistrados quiero que recordemos que el concepto de la sostenibilidad fiscal como condición para el desarrollo del Estado Social de Derecho, pudiese adelantar un derecho que contribuye a proteger a todos los demás y darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrente la economía, para entender sus deberes sociales, resulta de gran connotación que para el progreso económico y social del país la medida que busca ante una determinada limitación sea cobrar ingresos para acceder al reconocimiento (inaudible). La política de gasto pueda mantenerse o sostenerse en tiempo de manera que en el mediano o largo plazo se logren dichos objetivos públicos por eso en la Constitución Política lo limita a recibir doble designación de la República.

Señores magistrados solicito se absuelva, se revoque perdón, se revoque las pretensiones frente a (inaudible) pensional y la pensión vejez. Frente a los intereses moratorios quiero decir que no se configuran por cuanto la parte demandante no ejerció su derecho de incoar al reconocimiento o pago de la pensión vitalicia de vejez, (inaudible) ninguna suma por este concepto, el caso eventual en que ese y si el Honorable Tribunal confirma la decisión del a quo en el caso eventual acceder a esa pretensión esta solo (inaudible) de vejez, a partir del sexto mes siguiente a la solicitud de reconocimiento pensional, el tercer mes (inaudible) pensión de sobrevivientes y de lo anterior pues los intereses moratorios no se configuran en dicha, en dicha pretensión de acuerdo con las sentencias T508 del año 2003, C34 del año 2004, y la SU 065 del año 2018. De lo anterior, solicito se revoque dicha pretensión gracias señores magistrados, gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la actora las pretensiones elevadas a folio 3 del expediente, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 2 y 3, pretendiendo principalmente se reconozca la pensión de vejez desde el 1° de noviembre del 2018, junto con las mesadas dejadas de percibir, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, costas del proceso y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, 1° de diciembre del 2018, disponiendo el pago de intereses moratorios a partir del 11 de mayo del 2019, declarando no probada la excepción de prescripción y motivando su decisión en la compatibilidad de dicha pensión con la de jubilación del magisterio que devenga la demandante, tras considerar que la pensión de vejez se causó con tiempos de aportes privados diferentes a los tenidos en cuenta para la pensión de jubilación.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, estableciendo en primer lugar si las pensiones reconocidas a la demandante son de carácter compatible, a efectos de verificar las condenas impuestas a la pasiva.

Así las cosas, no es objeto de controversia la calidad de pensionada que ostenta la demandante, en tanto actualmente devenga una Pensión Vitalicia de Jubilación otorgada por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a través de la Resolución No. 6679 del 8 de septiembre del 2017, en cuantía de \$2.445.989 a partir del 2 de noviembre del 2016 (fls. 24 a 27 del expediente).

En este orden y con el fin de estudiar los argumentos de apelación de la entidad demandada, a efectos de determinar la compatibilidad entre tal pensión y la aquí reclamada, la Honorable Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento realizado en la sentencia SL 17447 de 24 de septiembre de 2014, señaló:

“(...) los referentes actuales de esta Sala de Casación Laboral para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal–, ello siempre que no existe una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...)”.

Corolario de lo anterior, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, pues la pensión de jubilación reconocida desde el 2 de noviembre del 2016 está a cargo de la FIDUPREVISORA como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio (ver contenido fl. 26), mientras que la pensión de vejez que aquí se reclama se encontraría a cargo de COLPENSIONES únicamente, aunado a que la reglamentación aplicable a estas dos prestaciones es totalmente distinta, ya que para la primera prestación, esto es, la Pensión de Jubilación se aplicaron las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 962 del 2005, mientras que la que aquí se reclama se analizará en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

De otro lado resulta, que los aportes con los cuales se va a reconocer la pensión de vejez aquí pretendida provienen de otros empleadores de orden privado (*conforme a los tiempos de servicio aceptados por Colpensiones en la Resolución SUB 330287 del 26 de diciembre de 2018 fls. 28 a 28*), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación, pues estas se dieron con cotizaciones efectuadas al servicio público conforme se indica a folio 25 por la Secretaría de Educación, tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que actualmente disfruta, no generándose incompatibilidad alguna, confirmándose en este aspecto el fallo apelado y consultado.

Al punto el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B., en sentencia del 22 de octubre de 2009. Expediente. 050012331000200100423 01. Número interno 0262-2008 adujo:

“Bajo estas consideraciones, puede concluirse, que no es acertada la decisión de la Administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados, efectuados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.”².

En esta misma dirección, tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política³, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797

² Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

³ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

de 2003 artículo 2⁴ y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959, como también la SL 3359 del 2020 en la que se consideró:

“...de ninguna manera puede afirmarse que se quebranta la prohibición del artículo 128 de la CN, por recibir más de una asignación del tesoro público, porque será Colpensiones, la que en reemplazo del ISS, como administradora del RPMPD, la responsable de pagar a la Nación la cuota parte financiera con los recursos del fondo común formado por las cotizaciones de todos sus afiliados, lo que desvirtúa el argumento de que es la Nación la que está asumiendo el pago del bono pensional.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala, por ejemplo en la sentencia SL9730-2014, de esta forma:

[...] aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, es una situación que no apareja que sea propietario del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una discriminación de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las entidades descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del Estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov 2013, Rad. 41306.”

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si la demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁵, disposición que exige para el caso de las mujeres, haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Al efecto, se encuentra a folio 13 copia del documento de identidad de la accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 1° de noviembre de 1961, por lo que acreditó la edad exigida de 57 años, el mismo día y mes del año **2018**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se concluye que la accionante cotizó una cantidad de **1427 semanas**, siendo su ultimo aporte para el ciclo de noviembre del año 2018 (fl. 32), reuniendo con ello los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2018) las semanas requeridas eran 1300.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 señala que “La obligación de

⁴“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

⁵ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”

En ese orden, se advierte que pese al cumplimiento de los requisitos el 1° de noviembre del 2018 (edad y semanas) la última cotización efectuada por la señora ALEYDA SUAREZ MORENO lo fue para el 30 de noviembre del 2018 (fl. 32), por lo que sería a partir del día siguiente -1 de diciembre del 2018- que tendría derecho al reconocimiento de la prestación pensional, pues se entiende que allí ocurrió el retiro del sistema. Se confirma la decisión en este aspecto.

Dilucidado lo anterior, a continuación se procede a establecer el valor de la primera mesada pensional de la demandante, señalando el ingreso base para liquidar la prestación debe ser el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE o el de toda la vida por haber cotizado la actora más de 1250 semanas conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

Así, realizadas las operaciones aritméticas con apoyo del grupo liquidar creado por el Consejo Superior de la Judicatura y que hacen parte integra de la sentencia, se obtiene un valor del I.B.L. de los últimos 10 años **por ser el más favorable** a la demandante la suma de \$2.028.576,19 (pues el de toda la vida arrojó un valor de \$1.712.241,93), al cual se le aplica la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del 67.20% obteniéndose un valor por concepto de primera mesada pensional actualizada al año 2018 de **\$1.363.237,65⁶**.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada, se debe precisar la demandante tiene derecho a devengar 13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8° y parágrafo 6° del Acto Legislativo 01 de 2005), confirmándose este punto.

6

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2008	30	64,820	96,92	1,495	\$1.283.000,00	\$1.918.364,09	\$1.918.364,09
2009	360	69,800	96,92	1,389	\$1.388.666,67	\$1.928.217,38	\$23.138.608,60
2010	360	71,200	96,92	1,361	\$1.360.750,00	\$1.852.301,83	\$22.227.621,91
2011	360	73,450	96,92	1,320	\$1.482.250,00	\$1.955.883,87	\$23.470.606,40
2012	360	76,190	96,92	1,272	\$1.575.500,00	\$2.004.166,69	\$24.050.000,26
2013	360	78,050	96,92	1,242	\$1.609.000,00	\$1.998.004,87	\$23.976.058,42
2014	360	79,560	96,92	1,218	\$1.609.000,00	\$1.960.083,96	\$23.521.007,54
2015	360	82,470	96,92	1,175	\$1.712.250,00	\$2.012.262,28	\$24.147.147,33
2016	360	88,050	96,92	1,101	\$1.748.916,67	\$1.925.099,41	\$23.101.192,96
2017	360	93,110	96,92	1,041	\$2.130.748,17	\$2.217.936,98	\$26.615.243,77
2018	330	96,920	96,92	1,000	\$2.478.481,09	\$2.478.481,09	\$27.263.292,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$243.429.143,28
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$2.028.576,19
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					67,20%
		Primera mesada					\$1.363.237,65

En ese orden, se procederá a concretar el valor del retroactivo pensional adeudado por Colpensiones causado del 1° de diciembre del 2018 con corte al 28 de febrero del 2022 (fecha de la presente decisión), teniendo en cuenta la mesada aquí obtenida de \$1.363.237,65 dado que en primera instancia no se liquidó la prestación, el cual arroja una suma de **\$62.412.579,29⁷**, cifra que se puede verificar con la liquidación anexa que hace parte integrante de la presente decisión por lo que éste punto será adicionado al fallo apelado, precisando éste se seguirá causando hasta la inclusión en nómina de la prestación aquí reconocida

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante está siendo reconocido con fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales, como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación debe ser sancionado en los términos de tal normativa, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la actora al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

De ésta suerte, como quiera que la pensión de vejez fue solicitada el 1° de noviembre de 2018 (fl. 28), los intereses moratorios deberían ser impuestos a partir del 2 de marzo de 2019, que sería la fecha de vencimiento del plazo de cuatro meses previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de Ley 797 de 2003⁸, no obstante como la Juez de primer grado señaló una fecha posterior -11 de mayo del 2019⁹-, se confirmará tal decisión por cuanto no se puede hacer más gravosa la situación de Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Finalmente se advierte no hay lugar a estudiar la excepción de prescripción, por cuanto COLPENSIONES no la propuso en la contestación de la demanda (fls. 55 a 59).

7

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/12/18	31/12/18	4,09%	\$1.363.237,65	2,00	\$2.726.475,30
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$1.406.589,00	13,00	\$18.285.657,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$1.460.039,00	13,00	\$18.980.507,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$1.483.546,00	13,00	\$19.286.098,00
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$1.566.921,00	2,00	\$3.133.842,00
Total retroactivo				\$62.412.579,29	

⁸ “Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de Ley 797 de 2003 “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

⁹ Tomo los 4 meses a partir del 10 de enero del 2019, fecha de la radicación del recurso de reposición frente a la resolución que negó el derecho pensional (fls. 35 a 39)

Agotada como se encuentra esta instancia, y conforme a las consideraciones expuestas se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, adicionándola respecto del valor de la mesada y el retroactivo adeudado por Colpensiones.

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

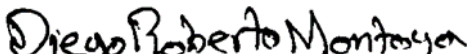
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, para establecer que el valor de la mesada pensional de la señora **ALEYDA SUAREZ MORENO** para el 1° de diciembre del 2018 ascendía a la suma de **\$1.363.237,65**, precisando el retroactivo adeudado desde tal data y hasta el 28 de febrero del 2022 corresponde a **\$62.412.579,29**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo considerado.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

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 \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN